


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

OBRAS HISTÓRICAS DEL AUTOR

Historia de la propiedad comunal. Un vol., 3,50 pts.

La enseñanza de la Historia. 2.ª ed. Un vol., 5 pts.

De Historia y Arte. (Adiciones á La Enseñanza de la Historia y otros estudios.) Un vol., 5 pts.

Le problème de l'homme de génie et la collectivité en Histoire. Un folleto (agotado).

La reforma de los estudios históricos en España. Un folleto (agotado).

Historia de España y de la civilización española. Vols. I y II. Con grabados, 12 pts. (Próximo á publicarse el III.)

Historia de la civilización española. Un vol. de los Manuales Soler. Con grabados, 2 pts.

Psicología del pueblo español. Un vol., 2 pts.

Artículos de Historia de España, publicados en *La Grande Encyclopédie* (París). Letras P á T inclusive.

BIBLIOTECA DE DERECHO Y DE CIENCIAS SOCIALES

HISTORIA

DEL

DERECHO ESPAÑOL

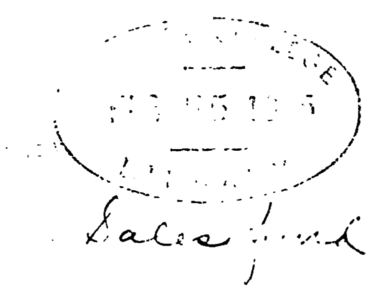
POR

RAFAEL ALTAMIRA

Catedrático de la Universidad de Oviedo.

CUESTIONES PRELIMINARES

MADRID
LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUÁREZ
48, Preciados, 48.
1903



MADRID.—Hijos de M. G. Hernández, Libertad, 16 dup.°

A mi maestro

D. Francisco Giner de los Ríos

Testimonio de cariño y reconocimiento de paternidad intelectual.

I

Concepto y contenido de la historia del Derecho.

En la historia del Derecho se refleja hoy, como es lógico, todo el movimiento crítico que en menos de un siglo ha variado el aspecto de los problemas que antes formaban el contenido de la ciencia histórica general, aumentándolos también con otros nuevos, referentes incluso al puesto que á la historia humana corresponde en la enciclopedia de los conocimientos. Pero la historia jurídica tiene, además, cuestiones propias, exclusivas, que piden un particular examen antes de toda exposición sistemática. Tales son las que estudiaremos en este capítulo y los sucesivos.

1.—Por ser el Derecho propiedad humana, tiene historia. La tendría aunque no fuese una propiedad referente á la vida exterior, á un fin práctico que ha de traducirse en hechos de relación. Bastaría que el hombre *pensase* en el Derecho para que éste partici-

para de la naturaleza de toda actividad humana, ya sea interior (en el espíritu), ya exterior.

Generalmente, se cree que esta condición histórica del Derecho proviene de la imperfección del hombre, que no alcanza á realizar de una vez la plenitud de ninguna de sus propiedades, sino que, por una serie de grados en el proceso de su civilización desde los tiempos de incultura primitiva, va perfeccionando su vida y su conocimiento de la realidad. Con relación particular al Derecho, este proceso se concibe principalmente de dos maneras: según el criterio antiguo de la escuela dualista del Derecho *natural*, conforme al que el elemento jurídico histórico, ó sea el Derecho *positivo*, representa una adaptación más ó menos pura, y en general progresiva, del *ideal* absoluto é inmutable de la justicia; y según la teoría que pudiera llamarse de la historia del sujeto jurídico, cuya diferencia con aquella estriba en que la relación se establece, no entre un Derecho real y otro ideal, sino entre los hechos del hombre en cada momento y el Derecho propio (natural y positivo á la vez) de ese momento: produciéndose la historia merced «á la serie progresiva de actos con que el sujeto, con los retrocesos y faltas consiguientes á su limitación», va «penetrándose más y más del Derecho en conocimiento, sentimiento, propósito y hecho» (1).

(1) Giner y Calderón, *Resumen de Filosofía del Derecho*, tomo I, pág. 9.

Una y otra explicación,—cuyo elemento común es fácil de advertir, no obstante la gran diferencia de sentido que las separa,—pudieran hacer creer que, si el Derecho se cumpliese siempre totalmente en la vida, es decir, si el Derecho positivo coincidiese en toda ocasión con el natural, ó el sujeto comprendiese y realizase en cada momento el Derecho que propiamente le corresponde por las circunstancias del momento mismo, cesaría de haber historia jurídica.

Reflexionando sobre los términos del problema, se nota al punto que, aun en este caso, seguiría habiendo historia del Derecho; de un lado, porque la vida del hombre se verifica, en todos sus órdenes, como la vida de todo ser, mediante cambios ó sucesión de estados diferentes, y no había de sustraerse á esta condición su actividad jurídica; de otro, porque, determinándose de cada vez el Derecho propio de los estados del sujeto en virtud de las circunstancias y de la modalidad especial de cada uno, modalidad que varía al infinito (*individualidad* de las relaciones jurídicas), claro es que han de ser diferentes esas determinaciones, las cuales darán origen á un proceso propiamente histórico que irá siguiendo *pari passu* el desarrollo de la vida general humana, en los individuos y las colectividades. Así, no será igual el Derecho propio de un hombre en su niñez que en su juventud ó virilidad, en el estado de razón que en el de locura, en el de aptitud para el trabajo que en el de invalidez, etc., y de este modo, indefinidamente, hasta la últimas y menos perceptibles diferencias de

situación que pueden darse en cada relación concreta de Derecho; y de igual modo existe diferencia entre el Derecho natural y genuino de las sociedades salvajes y el de las civilizadas: cosa cuya demostración, por otra parte, constituye la obra entera de la ciencia jurídica moderna, á partir de la escuela histórica.

El concepto que de la vida jurídica tiene el positivismo, sea cualquiera el valor científico de sus afirmaciones, no niega, sino que confirma esta conclusión, desde un punto de vista diametralmente opuesto al de las dos teorías indicadas; pues si de un lado establece que no hay más Derecho que el que en cada momento conciben y practican los hombres, —con lo cual se reconoce que todo lo real ó fenomenal es natural ó justo en su tiempo y ocasión y se suprime, al parecer, todo movimiento de aproximación más ó menos perfecta á una norma distinta de la expresada en los hechos, cumpliéndose de cada vez todo el Derecho posible entonces,—de otro lado reconoce que el fenómeno jurídico cambia al compás de las nuevas circunstancias históricas, que hacen variar el criterio y sus consecuencias sobre la vida humana: es decir, que la historia es independiente del cumplimiento perfecto ó imperfecto (para el positivismo siempre es perfecto, porque no cabe otro) del Derecho adecuado á cada relación.

De todas estas consideraciones resulta que, fundamentalmente, el Derecho tiene historia: 1.º Por la condición finita y temporal del hombre, que realiza su esencia ó produce su evolución (según se piense)

en estados sucesivos y varios y que, por tanto, no puede realizar todo el Derecho de una vez. 2.° Por la misma sucesión y la variedad é individualidad inagotables de las situaciones en que el hombre se va poniendo, cada una de las cuales lleva consigo una forma especial jurídica.

Por bajo de esto, hay también historia jurídica en el sentido de historia del sujeto de Derecho, tanto por su imperfección en conocer, sentir y practicar de cada vez su Derecho propio, é incluso porque á veces lo niega ó desconoce (Giner), como porque la humanidad no siempre piensa y ve de igual modo el Derecho, habiendo concepciones y prácticas jurídicas características de cada grado de civilización (escuela positivista).

2.—Conforme á esto, la primera cuestión de la historia jurídica es la del origen del Derecho humano, entendido el origen, no á la manera cronológica (cuándo empezó), sino á la manera psicológica y sociológica, conforme á la cual se plantea la cuestión del siguiente modo: por qué causas esenciales, humanas, hay Derecho y Derecho histórico (*positivo*, que suele decirse: § 6); cuestión que, en rigor, excede del campo de la historia y se liga con las más altas especulaciones de la ciencia jurídica y de la psicologíahumana. Así, y por lo que se refiere al Derecho transitivo ó social, deberían discutirse, con relación á ella, las teorías opuestas que pretenden establecer como causas esenciales de la agrupación orgá-

nica humana, y de las relaciones jurídicas entre los individuos, por tanto, ya la violencia (Gumplowicz), ya la cooperación (Metchnikoff): de donde se derivan criterios muy diferentes para la apreciación de los fenómenos jurídicos en sí y con respecto á la vida general de los hombres. También entran en el ámbito de esta cuestión otras teorías, referentes al origen psicológico de la actividad jurídica en general (§ 5).

3.—Será, sin embargo, una cuestión previa á toda investigación histórica la determinación de qué cosas son de Derecho y cuáles no en la vida humana.

Sabido es que si, en términos generales, nos entendemos todos al usar las palabras «Derecho» y «jurídico» (lo cual implica cierta conformidad en las notas comunes de los hechos, ídeas, etc., á que las aplicamos), en la determinación científica del valor de estas expresiones el pensamiento de los hombres de estudio varía grandemente, dando lugar á la formación de corrientes ó explicaciones distintas, origen de las llamadas «escuelas» de Filosofía del Derecho. Parece, no obstante, que no sea preciso descender á esas diferencias ni decidirse por una de ellas preferentemente para poder conocer é investigar las manifestaciones históricas del Derecho. Basta aceptar provisionalmente el consensus común que se deriva del estado actual de la ciencia y de la opinión vulgar respecto de lo jurídico, aguardando á que la investigación histórica determine, por si propia, una concepción más concreta de la realidad del Derecho.

La única dificultad que parece necesario resolver previamente se refiere á otro orden de consideraciones. Aun en el supuesto de que no exista más Derecho que el fenomenal, variable según los tiempos y los grupos humanos, es indudable que, dentro de cada tiempo y de cada grupo y con relación al concepto de lo jurídico que tienen, se producen hechos justos é injustos. Rigurosamente, sólo lo *justo* es Derecho, lo injusto no. ¿Habrá de excluirse esto segundo de la historia *del Derecho?* La cuestión no es nueva, y en pura Filosofía ha dado lugar á la negación, por algunos tratadistas, de que todo el llamado Derecho penal sea realmente Derecho.

Nótese, por de pronto, que la misma dificultad se plantea en todos los procesos históricos. Así, no podrían figurar en la historia de la civilización de un pueblo ninguno de los hechos que contradigesen, cuando menos, la idea de civilización que contemporáneamente tuviera el grupo social en que se realizaron, y aun en esto habría que distinguir varias cosas (§ 8). Pero siendo así, quedaría fuera de la historia un número considerable de hechos humanos, dado que el hombre realiza la suya mediante tanteos y experiencias y á costa de errores, negaciones y retrocesos. Siendo, con relación al Derecho, una enfermedad todo desconocimiento de él, igual razón hay para que figure en su historia, como para que en la natural del individuo se cuenten todas las perturbaciones que destruyen la normalidad de su proceso fisiológico ó la ordenación de su organismo.

Lo mismo sería aun en el caso en que pensáramos que las negaciones del Derecho no son tales negaciones sino respecto del concepto que del Derecho tienen todos ó parte de los demás hombres, siendo, en el que ejecuta el acto, su manera única y real de ver la relación jurídica; pues entonces esos actos vendrían tan sólo á señalar corrientes distintas del vivir jurídico que, en su misma diferencia y variabilidad, y en su cualidad común desde el punto de vista particular de cada sujeto, llevarían su condición de históricas y de jurídicas.

Dificultad mayor entraña el concepto ético del Derecho dominante en muchas de las escuelas modernas; pues si lo jurídico no estriba en un modo *exterior* de cumplir las relaciones de este orden, sino en la determinación interior, libre, de la voluntad, en la intención con que se verifica el acto (intención que, por su misma interioridad é inmaterialidad, no es perceptible las más de las veces á través del fenómeno exterior), sólo aquellos hechos en que pudiera comprobarse la existencia de esa voluntad libre formarían parte de la historia del Derecho, porque serían los únicos jurídicos (1). La dificultad puede, no obstante, resolverse, aun sin negar esta manera de concebir lo jurídico; pues siempre representarían esos hechos, aparentemente ajustados al Derecho, una aproximación del sujeto á lo propiamente jurídico, un momento del proceso de su integración en él ser

---

(1) Giner y Calderón, ob. cit., pág. 45.

obligado que, por lo menos, cumple la relación en lo que aprovecha al acreedor (1).

Resulta, pues, que pertenecen á la historia del Derecho los hechos todos conceptuados como jurídicos en cada momento y por cada sujeto, aunque la relación no se cumpla plenamente, y también los hechos que la niegan dándose cuenta el sujeto de la negación, pues que ella marca un estado de conciencia respecto del Derecho, un momento en el camino de la vida jurídica.

4.—No se limita la comprensión de la historia jurídica á los hechos señalados en el párrafo anterior. El Derecho, como modalidad de la vida humana que abraza la totalidad de ella, hállase en estrecha relación con todos los órdenes de actividad de los individuos y de las colectividades. Sólo por un esfuerzo de abstracción ha podido concebirse como algo aparte del resto del hacer humano que le sirve de ocasión, de motivo, para manifestarse y que condiciona cada una de esas manifestaciones. Como, al fin y al cabo, toda relación jurídica obedece á la satisfacción de una necesidad humana (real ó convencional) y á una especial manera de concebirla respecto de quien la siente, de quienes han de satisfacerla y del modo como ha de satisfacerse, resulta el Derecho ligado y dependiente en cierta medida de

---

(1) Cf. Alas, prólogo á *La lucha por el Derecho* de Ihering. Trad. esp

esas mismas necesidades y de su concepto, en lo que tienen de extrajurídico. Lo mismo ocurriría si el Derecho, en vez de ser una modalidad que abraza la vida entera del hombre, fuese (como algunas doctrinas pretenden) un orden especial de la actividad, que tiene sus límites y su campo propio; pues aun así, no se rompería la interna unidad de la vida ni la dependencia orgánica de todas sus partes que la experiencia nos demuestra á cada paso, en cuanto nos paramos á meditar acerca del contenido de los hechos jurídicos referentes á la propiedad, á la familia, á la personalidad humana, etc. Siempre resulta que los hechos no jurídicos del hombre—ó bien la parte no jurídica ó prejurídica de cada hecho—influyen esencialmente en el Derecho y se muestran en irreductible relación con él. A esta conclusión han llegado conjuntamente (aunque con sentidos que, al extremarse, se contradicen entre sí), de un lado la sociología positiva (Spencer, v. gr.) de otro las teorías económicas modernas desde el más radical materialismo histórico hasta el más templado reconocimiento de la influencia de las condiciones económicas en el orden jurídico (Marx, Lamprecht, Hildebrand, Hinojosa); y, con anterioridad, la misma escuela histórica, en cuanto busca en condiciones no jurídicas de cada grupo nacional la singularidad de los derechos nacionales, y las escuelas orgánicas, como la de Krause, que parten de un concepto superior, mucho más completo, de la unidad de la vida individual y social.

De aquí que sea necesario, para la total comprensión de lo jurídico en cada momento, estudiar y conocer también los hechos no jurídicos y la psicología general humana, que explican la aparición y los cambios de las instituciones y las ideas de Derecho, las cuales, miradas aisladamente en sí mismas, resultarían incomprensibles.

Pero no sólo importan para esta comprensión los hechos dependientes (con mayor ó menor libertad) de la voluntad humana, ó simplemente los derivados de la actividad del hombre. Hay otros hechos, completamente extraños á ella y que, sin embargo, influyen notablemente en el orden jurídico. Tales son los hechos de la Naturaleza, tanto en lo que de ella tiene el hombre (su cuerpo, con todas sus funciones) como en lo que forma el medio ó ambiente físico que le rodea. Respecto de lo primero, basta mencionar las modificaciones (esenciales unas, convencionables y mudables otras) que traen consigo el nacimiento, la edad, el sexo, la enfermedad y la muerte, con todas sus consecuencias en punto á la actividad y á las relaciones de los individuos: modificaciones que han reconocido constantemente todos los derechos históricos hasta nuestros días.

La influencia del medio físico no es, en el fondo, menos indiscutible. Difieren los científicos en cuanto á la intensidad de ella, pero ninguno llega á negarla. La corriente general, resultante de la crítica rigurosa de los extremos, le reconoce cierto poder determinante sobre las direcciones concretas de la vida huma-

na y, quizá, sobre la idiosincrasia característica de cada grupo, de donde derivan modalidades especiales de las formas jurídicas; pero al propio tiempo reconoce el poder de modificación del hombre sobre la Naturaleza (poder cuyo desarrollo y progresivo alcance constituye uno de los aspectos más fundamentales de la historia) y la posibilidad de reacciones diferentes del espíritu ante las condiciones más ó menos irreductibles del medio, ya adaptándose á él, con arte que se limita á aprovechar los elementos que naturalmente ofrece, ya tratando de vencerlo y sujetarlo á un plan ideal, ya sometiéndose pasivamente á sus rigores, etc. En los casos más desfavorables para el hombre, donde principalmente parece reflejarse la influencia del medio físico es en las cosas extrajurídicas de su vida, más bien que en el contenido propiamente jurídico de ella (1).

De todos modos, resulta que también será preciso al historiador tener en cuenta las condiciones del medio en que vive cada pueblo, para *explicarse* el nacimiento y la modalidad de algunas ó de muchas instituciones y la razón de sus diferencias locales. Este estudio no se ha hecho todavía concretamente sino con relación á muy pocos casos, no habiendo pasado, por lo común, de afirmaciones ó hipótesis generales (2).

---

(1) Sobre la teoría general del medio véase *La enseñanza de la Historia*, cap. IV, 1 y *De Historia y Arte*, pág. 30.

(2) Un ejemplo concreto de esta clase de investigaciones lo da, con relación á las organizaciones jurídicas referentes

5.—Volviendo á lo propiamente jurídico de la historia, cabe preguntar qué cosa sea lo que realmente constituye el fondo de esa misma historia.

Mirando á ella, lo que primeramente se nos ofrece á la observación son los *hechos* con que el hombre realiza su vivir jurídico. Con esa palabra *hechos* se designa, en términos generales, los actos exteriores del hombre. La imposición y el pago de un tributo, la dación de una cosa gratuitamente ó por precio, la manifestación de la última voluntad por lo que toca á la distribución de bienes, la celebración de un matrimonio, son actos jurídicos cuya inclusión en la historia no admite duda, con sólo advertir que el historiador del Derecho no se detiene en la singularidad de cada acto (como se detendría de ser historiador de la vida particular de un individuo), sino que aprecia la serie de ellos en un grupo humano y en una época dada, para notar, en lo que de común tienen todos, la forma del género ó la especie. El historiador, pues, aunque basándose en el dato concreto (que es siempre individual), procede por abstracción, buscando la *ley* de cada relación jurídica en un momento dado y los cambios de ella de momento á momento.

Pero este conceto del hecho jurídico no abraza la realidad entera. El hombre no sólo *realiza* prácticamente el Derecho cumpliendo, anulando, modificando

---

al riego, el libro *L'irrigation*, del prof. de Friburgo M. Jean Brunhes.

relaciones, sino que *piensa* el Derecho, lo vive en actos de inteligencia y lo siente en actos (hechos) de sentimiento. Esta vida, intelectual y sentimental del Derecho, es un elemento tan sustancial de la historia como los hechos exteriores de realización, ya sea causa directa de éstos (en cuanto todo hecho es producto de una idea y de un movimiento sentimental), ya se produzca con independencia de la vida práctica y sin mira inmediata á ella: como opinión, como conocimiento científico, como simpatía ó antipatía sentimental respecto de una dirección determinada de lo jurídico. De ordinario, hasta hoy, sólo se había apreciado, de este orden de hechos, los intelectuales, y en éstos una sola especie, los científicos, considerando la Ciencia del Derecho como parte integrante de la historia jurídica. Pero no cabe duda que la opinión vulgar, precientífica, el conocer común del Derecho, es elemento tan importante y de tanta ó más influencia en la vida que el científico; no sólo por ser el de la mayoría, mas también porque tiene siempre un sentido más práctico, es decir, se halla más ligado á la vida y á la realización del Derecho que el puro saber científico, generalmente especulativo, aunque, como veremos, revierta al fin sobre la misma vida práctica. La humanidad guía su conducta principalmente por el saber vulgar, en el cual entra incluso el científico cuando, al difundirse y trascender á la masa, pierde en punto á su carácter propio tanto como gana en fuerza determinante de la conducta.

De igual manera, los hechos de sentimiento son un factor indudable y, á veces, decisivo, de la conducta jurídica. Si el sentimiento coincidiese siempre con la idea, no importaría tanto fijarse en él; mas la experiencia nos dice á cada paso con cuánta frecuencia difieren ambas cosas en los hombres, y cómo la conducta refleja esa oposición mediante las que se llaman contradicciones entre el pensar y el hacer. Sabido es, por otra parte, que la psicología discute hoy, sin llegar á una solución decisiva, cuál de esos elementos sea el preponderante en la efectividad de las determinaciones humanas; y con esto ya indica (sea cual fuese lo real del caso) el valor grande que el sentimiento tiene en nuestra vida. Por eso una pura historia *intelectual* del Derecho de un pueblo sería una historia incompleta, que nos induciría á error muy á menudo.

Aceptada la inclusión de esos dos elementos en la historia jurídica, quedaría aún por determinar otra cuestión. Hay en la psicología humana ideas y sentimientos de que nos damos cuenta, de que tenemos conciencia clara; éstos son los inmediatamente perceptibles por la observación. Pero hay otros que, siendo tan reales como los anteriores, no se nos manifiestan de igual manera y forman lo que se llama lo *inconsciente* del espíritu. Ahora bien, lo inconsciente influye en la conducta humana de un modo indudable. Discuten hoy los psicólogos en cuanto al alcance de esa influencia y á la relación en que se dan en la historia lo inconsciente con lo consciente: lo

cual prueba la importancia del factor mismo que se discute, de cuya apreciación en un sentido ó en otro dependen conceptos distintos de la historia misma. Este problema de la psicología general se refleja naturalmente en la psicología especial jurídica de los individuos y de los pueblos, y necesita, por tanto, ser tenido en cuenta. Aunque con un sentido diferente al de la moderna ciencia psicológica, ya lo planteó en su tiempo la escuela histórica alemana, cuando, con Puchta, afirmaba que el Derecho procede de la actividad social inconsciente; con lo cual apuntaba por derecho á la cuestión primera de la historia jurídica (§ 2), de cuya solución penden, en cierta manera, todas las demás (1).

6.—Considerados en conjunto los hechos jurídicos conscientes, se les puede clasificar (provisionalmente á lo menos) en dos grupos: hechos que realizan ó se dirigen á realizar prácticamente el Derecho, y hechos que tienen por fin conocer la realidad jurídica y criticarla, ó que, sin determinación previa, reflexiva, del fin, consisten en un conocimiento (el co-

---

(1) V. una exposición crítica de este problema, referido á la historia general humana, en el reciente libro de G. Richard *L'idée d'évolution dans la nature et dans l'histoire* (París, 1903), 2.ª parte. Consúltese también la Memoria sobre «Evolución histórica» presentada al Congreso internacional de Ciencias históricas, de Roma (1903), por el Dr. L. Moritz Hartmann.

nocer espontáneo, que se adquiere sin propósito de adquirirlo).

Al primer grupo pertenecen tres categorías de hechos tradicionalmente distinguidos en la Ciencia jurídica: la *ley*, la *costumbre* y la *jurisprudencia*. Al segundo, la *opinión pública*, el *conocer vulgar* y el *conocer científico* en sus varias determinaciones. Más adelante determinaremos el concepto y las relaciones de cada una de estas clases de hechos jurídicos (cap. IV.)

En una historia del Derecho que pretenda abrazar la totalidad de su objeto, todas ellas deben ser estudiadas. No ha sido así siempre, y todavía se oponen á ello algunas rutinas tradicionales, contra las que conviene prevenirse.

La idea más antigua del contenido de la historia jurídica limitaba ésta á la historia de la *legislación*. Así la entienden todavía algunos, ó á lo menos, aunque hayan variado el concepto, conservan la denominación, naturalmente errónea. Las investigaciones modernas, que han puesto de relieve la vivacidad de la *costumbre* aun en periodos de gran actividad legislativa, su gran masa en todo tiempo y su incontrastable valor en la vida (caps. IV y V), han obligado á reconocer el puesto que le corresponde como forma de realización del Derecho en la historia de éste. Lo mismo ha ocurrido con la *jurisprudencia*, una vez determinada la función real de ella, que no se contrae á una aplicación mecánica y uniforme de la ley á los casos particulares de duda ó perturba-

ción (cap. IV, 9). La *Ciencia jurídica* ha sido recibida también en la historia, unas veces como complemento sin conexión orgánica con los demás factores, otras veces como causa de las mismas determinaciones de éstos ó como sustitutivo en ciertos casos (1). Pero, sea cual fuere su relación con la ley y la costumbre, le basta su condición de *hecho*, de pensamiento jurídico, para formar parte de la historia; y á él debe unirse, como va dicho, el conocimiento vulgar en cuanto tal conocimiento y en cuanto guía y condiciona el hacer jurídico de la colectividad.

No obstante esta amplitud de concepto (que en los más reacios de los autores llega, cuando menos, á admitir la ley, la costumbre y la ciencia), es frecuente ver que se define la historia del Derecho como historia del *Derecho positivo*. Conviene detenerse algo en el examen de esta denominación, que á primera vista puede parecer exacta, pero que, en realidad, contiene varios errores.

Llámase en general Derecho positivo al conjunto de las reglas legales y consuetudinarias reconocidas por un pueblo—ó por una parte de él—y en un momento dado; y claro es que, dentro de este concepto, si la historia del Derecho fuese puramente historia del llamado *positivo*, excluiría los hechos de pensamiento y de sentimiento que no se traducen en reglas.

Pero el antiguo concepto filosófico del Derecho positivo ha cambiado mucho. No es ya, para la ma-

(1) V. Giner y Calderón, ob. cit., § 78.

yoría de los pensadores, el Derecho escrito ni el vigente en un país y época, y cuyo cumplimiento puede exigirse por vía coactiva, sino que es el que real y efectivamente se vive en cada momento, según la modalidad que le impone «todo el sistema de circunstancias» que constituyen, de cada vez, la situación individual del hombre ó la de un pueblo «en el medio en que ha de realizar» su propiedad jurídica (1). Según esto, una ley dictada por los poderes públicos, pero que no se cumple, es decir, que no se vive, no forma parte del Derecho positivo, aunque generalmente se crea que sí; y por tanto, si se insistiera en afirmar que la historia del Derecho no abraza más que su forma *positiva* (por lo menos en la parte de la historia que se refiere á la realización práctica del Derecho), resultaría excluída del campo histórico toda ley que no tiene cumplimiento, que está puramente escrita en el papel. Y, sin embargo, las leyes que se hallan en ese caso, no por incumplidas pierden su cualidad de manifestaciones de la inteligencia jurídica de un pueblo y, por tanto, de hechos del sujeto en relación á su vivir jurídico.

Por otra parte, el Derecho que de cada vez *vive* un pueblo, no lo vive arbitrariamente, de modo que lo mismo pudiera vivir aquél que otro cualquiera, sino que, por el contrario, lo vive porque es el único que puede vivir y realizar, dado su estado psicológico, su manera de concebir la relación y sus solu-

(1) Giner y Calderón, § 51.

ciones y de sentirla, y dada la determinación posible de su voluntad. Así es como se ha dicho que todo pueblo tiene el Gobierno que merece. Si *pudiera* darse otro, se lo daría; y no puede, en virtud de un conjunto completo de circunstancias, que hace que sea aquél el único que se ajusta á su estado: su único Derecho *posible* y, en cierto sentido, también su único Derecho ideal.

Ante esa *necesidad* del Derecho positivo, ¿qué representa realmente la ley incumplida? Un *ideal* también (vivido intelectualmente) de un grupo de hombres, el de los políticos ó jurisconsultos, que se ofrece á la colectividad como pura proposición ó invitación para que por ella se rija en adelante la conducta de todo el pueblo; y en este sentido, es un *hecho* de la historia del Derecho, tan real como la costumbre que se vive y sustituye á la ley. El no reconocerlo así procede de la confusión frecuentísima que se hace entre las llamadas «clases directoras» y el resto de la nación, tomando á aquéllas, en todas las manifestaciones de su vida, como representantes de la psicología general de la masa.

Por el contrario, y sin negar que á veces lo sean (puesto que, al fin, proceden de esa misma masa), lo cierto es que otras veces señalan una divergencia (acertada ó desacertada, para el caso importa poco) del resto de las gentes, marcando con esto un hecho en que de ordinario no se repara al hacer generalizaciones históricas: á saber, la coexistencia de ideales distintos en el seno de una misma nación y, por

tanto, de procesos diferentes en la vida jurídica de los diversos grupos que la cultura y otras condiciones de vida producen (§ 8). Cuestión aparte sería averiguar por qué razón no concuerdan en ciertos casos el *ideal* de los profesionales y el del pueblo, y por qué razón psicológica se forma el Derecho positivo con independencia de la *doctrina* jurídica, en que entra lógicamente la ley incumplida.

Evidénciase así también, por este lado, la inexactitud de equiparar la historia del Derecho á la del Derecho positivo, entendida esta denominación á la manera que hoy parece prevalecer.

7.—Cuando el hombre declara explícitamente su pensamiento ó su sentimiento respecto de la vida jurídica en general, ó con relación concreta á un asunto dado, el historiador (salvo el caso de una hipocresía) tiene ante sí la explicación fiel y directa del fondo psicológico de la vida jurídica como causa ó explicación de la conducta. Pero, cuando en vez de esto aparecen ante él tan sólo los actos externos jurídicos, consistentes en el cumplimiento de una relación, ó en su desconocimiento, ó en la celebración de una ceremonia, etc., el historiador tiene que realizar un trabajo de inducción más ó menos segura ó hipotética para interpretar el sentido de los hechos y determinar su raíz psicológica, á la luz de la cual adquieren la significación que no revelan explícitamente por sí solos. Y en rigor, esto es lo que principalmente importa en la historia. Los hechos valen

en cuanto son representaciones de ideas, sentimientos y voliciones que constituyen su fondo, y sólo por consideración á éste es posible que podamos agruparlos, señalar sus afinidades ó diferencias, establecer su ley, etc. La aspiración suprema de todo historiador es hacer revivir el pasado, cosa imposible con el puro dato de los hechos externos. Hace falta, para vivificarlos, inducir, figurarse los «estados interiores» de los individuos y colectividades que los produjeron, hallar, en suma, la razón ideal ó sentimental que les dió origen y que los caracteriza.

Conforme á esto, la historia del Derecho, aunque por medio de los hechos externos (ya sean actos, ya manifestaciones de ideas y sentimientos, que es preciso pasen por los sentidos para llegar á nuestro conocer), es, en cierto respecto, fundamentalmente, historia psicológica—de la psicología jurídica de la humanidad,—aunque no en el sentido de la pura historia del sujeto que ya se examinó antes (§ 1); y esto es, propiamente, lo que se va buscando al querer determinar las «influencias jurídicas», el «espíritu» de un determinado Derecho histórico (v. gr. el del Derecho romano), la «evolución» de tales ó cuales instituciones, y demás fórmulas generales tan frecuentes en la literatura histórica moderna.

Pero ese fondo psicológico de la historia—en que estriba el principal interés de ésta — no puede conocerse más que á medias: de una parte, por lo deficiente de la inducción y el esfuerzo enorme que le es preciso hacer á un investigador actual para figu-

rarse el estado de espíritu de las generaciones pasadas, y de otra, porque el rastro que ese estado deja en las fuentes de conocimiento que perduran y pueden ser estudiadas tiempo después, no es más que un detritus (la ley, la costumbre, la ciencia...) de la vida real jurídica. Mucha parte de ésta, quizá la más íntima y significativa, se desvanece sin dejar vestigios claros, y ni aun nos es posible saber en todo caso en qué ecuación se dieron la ley y la costumbre, por no reflejarse ésta siempre en documentos escritos ó en monumentos. De aquí también que los actos *aparentemente* no jurídicos tengan tanto valor representativo de la orientación jurídica de un pueblo; v. gr. las guerras, movimientos populares, heroicidades, fiestas, etc.

Bien puede por esto decirse que la historia del Derecho, en lo que en ella hay de más profundamente humano—es decir, como historia del concepto que la colectividad tiene, cada vez, de lo que sea ó no sea el Derecho (la relación jurídica en general) y de la manera de realizarlo, así como de sus sentimientos tocante á lo mismo,— no se ha escrito aún, y que, problablemente, no se podrá escribir nunca más que en parte.

8. — Parece ocioso, á primera vista, preguntar quién es el sujeto de la historia del Derecho. Pero aunque puede desde luego contestarse en términos generales que lo es el hombre, la cuestión es en sí compleja y necesita algunas explicaciones para des-

entrañar todo su contenido y no contentarse con una generalidad vaga.

Ante todo, el término «hombre» hay que entenderlo de un modo especial. La historia del Derecho no se detiene en la vida jurídica de los individuos, sino que mira á la de las colectividades. El hecho jurídico individual, sea de la clase que fuere, no le importa sino en cuanto es un elemento de la obra colectiva y á la vez una representación de ella, que sirve, con otros, para determinar la ley de la serie ó del género. En otro respecto, la historia jurídica aprecia la obra individual— que puede á veces revestir cualidades singulares y producir una influencia hondísima — según el criterio general de esta cuestión referida á toda la historia humana (1).

La dependencia mutua de ambos factores en la especial esfera jurídica es, por otra parte, un tema de preocupación que caracteriza la Ciencia moderna: v. gr. en el orden penal, por lo que se refiere á la responsabilidad social y á la influencia del medio humano..

Pero en la consideración del espíritu colectivo se suele incurrir ordinariamente en una abstracción, que se traduce en errores de inducción y de juicio históricos. Consiste esa abstracción en ver como ***un todo homogéneo*** la masa que constituye una colectividad nacional, regional, etc. Y, sin embargo, la observa-

(1) V. su exposición especial en el estudio sobre *El hombre de genio y la colectividad en la historia*.—París, 1898.

ción más ligera basta para hacer patente que, en rigor, la masa de un pueblo está formada por una variedad grande de grupos ó círculos, caracterizados, no por su posición social (clases sociales), sino por su cultura y su educación, y cada uno de los cuales tiene, por consecuencia de esas mismas condiciones, un concepto distinto de la vida, de las relaciones humanas y de la conducta, representando así diversos estados psicológicos con respecto al Derecho, que llevan consigo una historia jurídica particular y variada en cada caso. El esfuerzo de la minoría directora para adaptar á su tipo de vida el de los demás grupos, y la resistencia de éstos, constituye precisamente uno de los aspectos más interesantes de la historia, aunque, por lo común, muy poco estudiado y quizá imposible de conocer en muchas de sus manifestaciones.

La pretensión unificadora del grupo dominante, cuyo punto de partida es el supuesto de la homogeneidad mental y sentimental de la masa en términos generales, se revela en máximas como la relativa á la ignorancia de la ley considerada como inexcusable siempre y como no eximente de responsabilidad en caso de incumplimiento; cuando en rigor, y aparte quizá de ciertos principios muy generales recibidos por tradición secular, no sólo es posible, sino inevitable y necesario el caso de perfecta ignorancia de la ley, ya por su desconocimiento absoluto, motivado en falta de medios de conocimiento, ya (y esto es lo más frecuente) por deficiencias en su interpretación

y comprensión. La frecuencia con que esto último ocurre en las clases inferiores de la ciudad y en buena parte de las aldeanas, tratándose de sus propios derechos y en lo que les favorece, debiera abrir los ojos en cuanto á las trasgresiones de la ley cuando ésta exige un acto ó impone una omisión á favor de un tercero ó del Estado, para no ver en ello más que la consecuencia necesaria de un estado psicológico con el que el legislador no ha contado. Aun en conflictos tan perceptibles y externos como los políticos, el hecho se produce á menudo. El célebre cuento del zuavo de la Commune, que escribió Daudet, no es más que un ejemplo de estos casos, elevado á la esfera del arte.

Otros muchos motivos hay por los cuales la legislación y la opinión pública de las clases ilustradas no muestran más que una parte de la vida positiva y de la vida intelectual de un pueblo en el orden jurídico, no pasando de ser, en gran parte, fuentes de conocimiento de la historia de un grupo mayor ó menor de gentes y del Derecho positivo que ellas viven.

9.—Si los historiadores y los sociólogos (los primeros especialmente) no se han fijado todavía en ese hecho, han pretendido en cambio señalar ciertas diferencias características en la vida jurídica de los grupos humanos llamados *razas*, por encima de las diferencias perfectamente apreciables de los pueblos históricos cuyo pasado ó cuyo presente nos es co-

nócido (diferencias jurídicas nacionales). De aquí que se quiera distinguir, en el complejísimo compuesto de esos pueblos históricos, influencias y direcciones diferentes (y á veces opuestas), que provienen de los distintos elementos étnicos que los componen y en cuyo encuentro, choque y combinación, se hallaría la clave de las más íntimas y sustanciales mudanzas del sentido y dirección del Derecho.

La importancia de esta teoría en sentido étnico ha perdido su valor una vez se ha reconocido que, hasta donde alcanza nuestro conocimiento histórico en forma apreciable para discernir esferas de la vida como esa del Derecho, no sabemos de ninguna raza antropológicamente pura, mostrándosenos todo grupo humano como el resultado de mezclas y de un proceso histórico á que han contribuído ya diversos factores de civilización. La cuestión queda con esto reducida á distinguir como sujetos distintos, caracterizados por diferencias jurídicas, los pueblos históricos desde la más remota antigüedad (á la manera que hoy distinguimos el sentido jurídico propio del pueblo francés, del que presentan el inglés ó el alemán, etc.), y á notar las influencias recíprocas que hayan podido causarse ó las predominantes de uno en otro ú otros, ya por conquista, ya por inmigraciones que producen mezclas, ó por otro hecho análogo: como, v. gr., se observa en la historia de España con las sucesivas agregaciones de celtas, fenicios, griegos, romanos, godos, árabes, etc.

Las agrupaciones superiores á éstas, que todavía

suelen hacerse (pueblos arios, pueblos semitas, etc.), no son muy seguras científicamente; pero, aun siéndolo, señalarían tan sólo el origen de un tronco común de civilización—cuya pureza antropológica no cabría determinar—respecto de varios pueblos que conservan cierto sentido general común y aun instituciones comunes, pero que también se han ido diferenciando en otros respectos al través de la historia.

Las antiguas teorías de una diversidad de tipo de cultura—y con ella de Derecho,—reflejo necesario de las diferencias antropológicas, han renacido, sin embargo, en algunas escuelas novísimas, como la llamada antroposociológica, que pretende explicar la razón íntima de la vida de los pueblos actuales por el predominio de un factor antropológico ó la ponderación de varios (1). Pero ésta doctrina está muy lejos de haber alcanzado, hasta ahora, una confirmación que consienta su incorporación á la sociología jurídica.

Sólo, pues, en el sentido arriba expresado con relación á España, puede hablarse de diferentes sujetos sociales de la histórica del Derecho, que conviven en un mismo agregado político ó nacional y dentro de él señalan direcciones distintas, cuyo juego y resultados conviene estudiar especialmente.

---

(1) Una exposición de esta escuela con relación á los pueblos europeos se halla en mi *Psicología del pueblo español*, págs. 29-32.

10.—Algunos pensadores modernos han planteado la cuestión de si los animales pueden ser considerados como sujetos del Derecho y, por tanto, de su historia. La cuestión en sí, y su solución afirmativa ó negativa, sólo pueden importar á los estudios históricos, hoy por hoy, como un momento y un capítulo de la historia del pensamiento humano con referencia al Derecho. Pero esto aparte, es un hecho que la humanidad en algún tiempo ha considerado (con razón ó sin ella) á los animales como tales sujetos de relación jurídica; y no precisamente en el concepto de *pretensores* (que es lo que hoy se sostiene), sido de *obligados*. Así se ve en los numerosos procesos de toros, asnos, cerdos, etc., incoados y sentenciados en la Edad Media, bajo el supuesto de que los animales eran responsables de daños por ellos producidos en personas y cosas. A este título puede decirse que la historia del Derecho trasciende del sujeto humano.

11.—Sea cualquiera la solución que se dé al problema de si existe ó de si es posible una Ciencia filosófico-histórica—problema que va intimamente relacionado con el del mismo carácter científico de la historia general humana (1),—es indudable que, dentro de los límites estrictos del conocimiento histórico,

(1) Véase la exposición del estado actual de este problema en Croce, *Les études relatives à la Théorie de l'histoire en Italie, durant les quinze dernières années*. (En la *Revue de synthèse historique*. Dic. 1902).

cabe algo más que la pura observación de los hechos como fenómenos *individuales* concretos, que se suceden en la vida de un hombre ó de una sociedad. Cabe observar también lo que en la serie de los hechos, ó de un determinado grupo de hechos, se da como constante, que es lo que se llama su *ley*; pero esta *ley* no excede en manera alguna del campo propiamente histórico, del orden fenomenal de la vida, por ser, á su vez, un hecho que determinamos por simple abstracción de lo común que ofrece cada uno de los que forman la serie y después de conocida ésta. No pueden, pues, confundirse esas leyes, imposibles de determinar *a priori*, con las que aspira á formular la filosofía de la historia, considerada como concepción de un plan que abraza el pasado y el futuro de la conducta humana; y por la misma razón es erróneo el decir, como á veces se dice, que la determinación de esas leyes forma un conocimiento *filosófico* del Derecho por oposición al *histórico*.

La observación de esas leyes á que han obedecido hasta hoy los hechos puede, no obstante, autorizar la hipótesis de que algunas de ellas continuarán dándose en los hechos futuros. Sobre esta confianza se basan las previsiones de orden jurídico que permiten seguir viviendo sin la zozobra que causaría la inseguridad absoluta de lo porvenir ó la creencia en cambios caprichosos y bruscos. La legislación misma se basa sobre esa hipótesis de la permanencia, durante un lapso de tiempo mayor ó menor, de una dirección sensiblemente uniforme de los he-

chos jurídicos; pues si éstos hubiesen de variar inmediatamente, ¿qué eficacia podría tener una regla dictada en consideración á cosas que desaparecen en seguida? No por esto deja de producirse la falta de ecuación entre las leyes (en el sentido de reglas dictadas por los poderes públicos) y la vida; pero este desequilibrio no es instantáneo, sino fruto de un proceso más ó menos lento, cuya razón estriba en la inmutabilidad estadiza de la ley y en la variación dinámica de la vida. Científicamente, el determinismo de las acciones humanas no ha podido probarse más que para lo pasado y con una intensidad que no todos los investigadores aprecian de igual manera; pero no autoriza á formular para lo futuro las leyes de los hechos humanos concretos de un modo análogo á como se formulan las de los hechos de la Naturaleza.

Sea de esto lo que quiera, todas esas hipótesis y teorías que se refieren á los hechos no ocurridos todavía, aunque puedan tener su raiz y apoyo en el conocimiento histórico, trascienden de él y se diferencian claramente, según ya dijimos, de la pura determinación de las leyes dadas en la realidad observable hasta el presente momento. Precisamente en esta rigurosa limitación del campo histórico, despojado ya de elementos y exigencias extrañas que hasta ahora lo embarazaban, estriba la posibilidad de un conocer seguro, cierto, de la historia, y su indiferencia respecto de toda opinión ó creencia de otro género en el que la investiga. Así

es como el historiador, no sólo puede ser imparcial, sino que necesariamente ha de serlo, si no se extralimita de su función propia; es decir, si no deja de ser historiador.

Las discusiones acerca de este punto—así como respecto de la imposibilidad de la certeza de la historia, por influjo de las pasiones y creencias de los que la investigan—nacen de un concepto erróneo de la imparcialidad. Cuando se aplica esta palabra á la historia y se exige á los historiadores que sean imparciales, lo que se les pide comúnmente es que lo sean de *juicio*, es decir, en sus apreciaciones respecto de la bondad, la maldad, la conveniencia ó disconveniencia de los hechos pasados: apreciaciones que la mayoría de las veces es seguro que el hombre hará desde su punto de vista actual respecto de los problemas humanos á que los hechos se refieren. Pretender que el historiador se despoje de sus creencias, de su concepto del mundo y de la vida al calificar los actos humanos y sus consecuencias en la historia, es pretender un imposible. El esfuerzo que sería preciso hacer para colocarse en el estado mental de los hombres de un pasado á veces muy remoto, única manera de ver los hechos como ellos los veían y de poderlos juzgar como ellos los juzgaban, es inasequible para la mayoría y choca con cierta repugnancia instintiva á desprendernos de nuestras propias ideas.

Pero al historiador, como tal, no le corresponde emitir esos juicios. Él es, como el naturalista, un

simple observador de hechos que luego refiere á los demás hombres. Puede *agruparlos* después de aquilatar sus semejanzas, diferencias y relaciones mutuas; puede averiguar ó inducir sus *leyes;* puede, quizá, hasta sugerir *hipótesis* que sirvan para explicarse *históricamente* los hechos; puede estudiar las *causas históricas* de ellos en la psicología humana, en el medio ambiente físico y social de los lugares y las épocas; puede, en suma, *ver y testimoniar* todo lo que es histórico, pero nada más. *Fuera de la* historia, le están permitidos los juicios racionales y morales. Dentro de ella, no.

Cabe, sin embargo, hablar de cierta *imparcialidad* del historiador, y nunca con más motivo importaría establecer esta doctrina como tratándose de la historia del Derecho.

Esa imparcialidad, en lo que propiamente consiste es en la *sinceridad* del testimonio. Como al naturalista que observa, v. gr., una preparación micrográfica le está vedado inventar lo que no ve en el microscopio, lo que no puede ver, porque no lo da el objeto, así al historiador le está prohibido decir otra cosa de lo que por sí mismos dicen los monumentos y documentos que le sirven de fuente ó la impresión personal que haya podido adquirir como testigo directo de los hechos. Su *parcialidad* estaría en ocultar lo sucedido, en desfigurarlo ó en suponerlo cuando no ha sabido encontrarlo ó cuando hay una laguna en las fuentes.

Justo es decir que, si no han desaparecido por

completo los falsarios, tan abundantes en otras épocas, la conciencia general de los historiadores modernos los rechaza en absoluto, y que las mismas gentes que hasta hoy habían acostumbrado á callar, ó desfigurar los hechos que pudieran ser desfavorables á sus creencias y opiniones, recriminan este sistema y adoptan el de decir toda la verdad histórica, dejando para razonamientos de otra índole la justificación moral y jurídica de lo histórico como racional en todo momento.

La dificultad, á veces invencible, que todavía puede darse en el investigador para *ver* los hechos tales como fueron, cegado por prejuicios actuales, aunque sinceramente desee ceñirse á la realidad, pertenece ya á lo que pudiéramos llamar la ecuación personal de cada hombre, y habrá de tenerse en cuenta en la crítica de los testimonios.

II

La distinción de la historia externa y la interna del Derecho.

1.—Conocidas son la significación y la importancia que los tratadistas de historia de la humanidad conceden á la distinción de una parte *externa* y otra *interna* en el objeto de su estudio. El dualismo que esto significa se acentuó al triunfar, en la manera de concebir el contenido de aquella ciencia, el sentido de lo que llaman los historiadores alemanes la *Kulturgeschichte*, ó sea, la historia de la civilización; y aunque algunos autores reaccionan ya contra tales divisiones, que rompen la unidad orgánica de la vida social humana, todavía se mantienen por rutina ó, más bien, por no haber acertado á elevarse á la superior unidad en que se funden, y por seguir planteando la cuestión en el terreno de la superiori-

dad ó de la precedencia real de una de las partes respecto de la otra (1).

Cosa análoga ocurre en la historia del Derecho, aunque en ella los apelativos de *externa* é *interna* tengan un sentido especial, muy diferente del que en la historia general sirve de base á la distinción.

El origen de ésta se halla en un pasaje del *Nova methodus discaendae docendaeque jurisprudentiae*, de Leibnitz (2), en que se define la llamada por él «historia externa» del Derecho «como la «historia de todo el movimiento social de un pueblo, en tanto que las ideas y los hechos que lo constituyen se traducen en la legislación»: concepto que, aparte la limitación inherente á no considerar más forma de manifestación de la regla jurídica que la ley (3), es, en rigor, el único posible y lógico, dado que lo *externo* á una cosa no forma parte de ella y que, por tanto, no puede ser externo á la historia del Derecho sino lo que no sea *jurídico* en la historia humana, aunque por la unidad esencial del sujeto estén ambos en íntima relación y dependencia. Esa relación fué la que vió Leibnitz, reconociendo la necesidad de estudiar, para inteligencia del Derecho mismo, los hechos que sin tener ese caracter influyen en

---

(1) Véase á este respecto mi libro *La enseñanza de la Historia*, segunda edición, cap. III.

(2) Pars sec. 29-30.

(3) Los elementos de la jurisprudencia histórica eran, según Leibnitz, «originum, auctores, mutationes, abrogationesque *legum*».

el desarrollo de las instituciones jurídicas. En este sentido reputó necesario el conocimiento de toda la historia romana para comprender el Derecho civil de aquel pueblo *(ad intelligendum jus civile)*; el de la eclesiástica, para el Derecho canónico, etc. Pero los jurisconsultos posteriores á Leibnitz (Hoffman, Heineccio y los de la escuela histórica) cambiaron totalmente el punto de vista, empeñándose en distinguir lo externo y lo interno en la misma historia del Derecho, deshaciendo la unidad orgánica de sus partes y tendiendo cada vez más á ver la aparición y cambios de las fuentes como independientes de las instituciones. Condensación de esta corriente es la teoría de Klimrath (1), que ha influído mucho en los autores franceses y, á través de ellos, en los españoles; según la cual, historia externa del Derecho es la «de las *fuentes* y de los sucesos políticos ó sociales necesarios para su explicación», quedando para la interna «el fondo del Derecho, de sus disposiciones y de sus principios». De aquí se ha venido al con-

(1) *Travaux sur l'histoire du Droit français.* París, 1843. 2 vols. Klimrath fué discípulo de Thibaut, Zacharias, Schlosser y Mittermaier Los trabajos más interesantes para nuestro asunto, que contienen los dos volúmenes citados, son: Tomo I: Concepto de la historia del Derecho y su utilidad; Plan de una historia de Derecho francés.—Tomo II: Monumentos inéditos del Derecho francés.—Estudio de las *Coutumes* francesas.

Para la comparación de las ideas de Klimrath con las de Leibnitz y otros autores, véase Hauriou, *L'histoire externe du Droit.*—París, 1884.

cepto dominante hoy, según el cual la historia externa es la de las fuentes del Derecho é interna la de las instituciones jurídicas.

2.—Conviene, ante todo, determinar el valor de la palabra «fuentes», dado que no significa lo mismo para todos. Hay quien distingue entre *fuentes* y *monumentos* del Derecho (1), dando el primer nombre á los organismos políticos de que emanan las reglas jurídicas (poder legislativo, tribunales) y el segundo á los textos que las expresan (leyes, códigos ordenanzas, sentencias, etc.). Pero este sentido no es el corriente. Ni se corresponde con la tradición científica, que siempre ha entendido por fuentes los textos, mejor dicho, las reglas de derecho formuladas, ni tiene razón sólida en que apoyárse; pues, además de que, si aceptáramos la idea fundamental que preside á esa distinción, cabría remontarse todavía más allá de los organismos políticos y judiciales para encontrar la verdadera fuente de las reglas (2), en la

(1) M. Hauriou, *ob. cit.*

(2) Nótese que la misma palabra *fuente* envuelve un error de concepto. Las leyes y las costumbres no son *origen* ó *principio* del Derecho, sino de una manera muy relativa y confundiendo el *derecho* con el precepto ó con la forma viva de ser reconocido en la sociedad. Son, puramente, formas especiales de manifestarse la reglamentación de la vida jurídica, que pueden conformar más ó menos con el derecho de cada persona, pero que siempre son posteriores á éste y subordinadas á él. Por eso no es exacto definir las leyes ni las costumbres como productoras y originarias del Derecho; y

vida jurídica, y por lo que toca á la conducta de este orden, el poder de que emane el precepto es indiferente, y lo que importa es el precepto mismo, única cosa á que atiende el hombre para amoldar su conducta. Por otra parte, y puesto que no sólo hay en la realidad jurídica reglas legales y de jurisprudencia, sino también consuetudinarias, y aun se suele incluir entre las fuentes la Ciencia, sería preciso estudiar también en la historia externa la contextura y funcionamiento del cuerpo social como órgano productor de la costumbre y del pensamiento científico, con toda la complejidad de cuestiones que esto supone.

Pero, aunque concretáramos á los organismos legislativo y judicial el estudio, ¿no significaría esto ya entrar en el terreno de la historia interna, puesto que son aquéllos instituciones jurídicas (como el matrimonio, como la forma de gobierno, etc.) que, además, no tienen en sí mismos su explicación, sino que nacen y viven íntimamente enlazados con otras instituciones, de que son, á veces, pura consecuencia?

Por todas estas razones parece obligado, en rigor científico, desechar esa distinción entre fuentes y

---

por tanto, no cabe llamarles, á lo sumo, más que fuentes de la regla que exterior ó coactivamente puede obligar al hombre á seguir cierta conducta que la mayoría ó los poderes públicos creen jurídica. Sólo cuando la ley y la costumbre (como la jurisprudencia) se amoldan en un todo al derecho de la persona y son puro reconocimiento de él, cabe considerarlas como un sucedáneo de la fuente misma.

monumentos, y llamar con aquel nombre (prescindiendo provisionalmente de las reservas hechas en la nota anterior) á las cosas que con el segundo se designan; y así, repito, lo entiende hoy la mayoría de los autores. Pero, dentro de ese consenso común, existen variantes que suponen criterios en realidad muy diferentes.

Hay todavía muchos jurisconsultos para quienes, prácticamente (es decir, cuando escriben de historia), y aun teóricamente (al formular los principios que les sirven de guía), reducen la historia externa á historia de la legislación, teniendo, pues, la ley como única fuente del Derecho y descartando la jurisprudencia, la costumbre y la doctrina científica. En España, el caso es frecuente; y más de un libro, de los que gozan fama en el extranjero, queriendo ser de «Historia del Derecho», se titula «Historia de la Legislación»; aunque luego, por curiosa inconsecuencia, dé entrada también (aunque de un modo superficial) al movimiento científico. Sin necesidad de recurrir á una argumentación doctrinal detenida, la simple comprobación del valor sustantivo de la jurisprudencia de los tribunales —que no es pura aplicación de la ley preestablecida, sin modificaciones—y la de la existencia constante, en todos los tiempos y en todos los países, de una gran masa de Derecho consuetudinario cuyas reglas no emanan del poder público y son, de hecho, superiores á la de éste, bastan para rechazar aquella limitación y adherirse al criterio de los que entienden las fuentes

en sentido lato, por lo menos en lo que se refiere á la legislación, la jurisprudencia y la costumbre.

3.—Pero la cuestión no termina aquí. Se comprende bien, hasta cierto punto (ya veremos cuál), lo que puede ser la historia externa como historia de las leyes y de las decisiones de los tribunales, á saber: el relato de la sucesiva aparición de estas formas de regla jurídica, con indicación de sus nombres, estructura, alcance, relación que entre sí guardan, textos que las conservan y demás particulares que es uso exponer. Pero ya no sucede lo mismo con la costumbre, que propiamente consiste en *actos*, y cuya *regla* implícita no siempre se ha reducido á escrito. ¿Qué se va á decir, en efecto, de la costumbre en la historia externa? ¿Nos limitaremos á decir que existía, en qué órdenes del Derecho y en qué países ó localidades en cada período, con enumeración de los testimonios que lo acreditan, ó correremos el peligro, caso de ahondar algo más, de caer inmediatamente en la historia interna, exponiendo la vida misma del pueblo, la entraña de la actividad jurídica social? Y por lo que toca á la Ciencia (suponiendo que la tengamos como fuente), ¿qué otra cosa cabe en la historia externa sino una seca enumeración de nombres, títulos de libros y sucesión de escuelas, dado que, en cuanto pretendamos exponer la sustancia de las ideas de cada autor ó de cada corriente, entramos de lleno en lo interno de la fuente misma, como forma de vida jurídica?

Parece, según esto, que lo estrecho de los límites de la historia externa ó, por lo menos, el temor de franquearlos, la encierra, como ya advertían Rivier y Hauriou, en la categoría de una noticia bibliográfica ó, mejor dicho, de una enumeración de fuentes literarias de conocimiento; salvo el caso de que la costumbre viva haya podido ser observada directamente, en la realidad, por el investigador, como respecto de la historia contemporánea del Derecho puede ocurrir, y de ello sería fácil citar ejemplos.

Pero también eso es imposible. No cabe, en efecto, dar cuenta clara de la aparición de las fuentes y de la relación en que se ponen en cada momento como reguladoras de la conducta jurídica, sin exponer una porción de noticias referentes á las instituciones de la época y, por tanto, sin entrar en la historia interna (1); razonándose así el concepto que tenían Klimrath y los autores alemanes á quienes él sigue. No hay forma de explicar la «confección de la ley» (que para Hauriou significa «el primer hecho perteneciente á la historia externa») sin estudiar «la organización legislativa que produce la ley propiamente dicha, la organización judicial que produce la ley de jurisprudencia» y aun el mismo «*con-*

(1) Véase, por ejemplo, el libro de *Historia, fuentes y literatura del Derecho romano*, de P. Krüger, modelo en su género de historia externa, y que, no obstante su admirable sobriedad, á cada paso necesita acudir á la historia interna, es decir, á las *instituciones*, para explicar las fuentes.

sensus universal (?) que produce la costumbre» (1).

Descendiendo á los ejemplos concretos, es evidente que no hay manera de entender las diferentes clases de leyes romanas ó de constituciones imperiales, sin anticipar mucho de la constitución política del pueblo romano; ni cabe distinguir en la Edad Media española entre diplomas reales y ordenamientos de Cortes sin decir algo, y aun mucho, de la naturaleza del poder legislativo de entonces; ni, en fin, resulta posible que se entienda lo que como fuentes significan la Nueva y la Novísima Recopilación, sin historiar el cambio producido por la monarquía absoluta y las funciones del Consejo Real.

Si de las leyes pasamos á las costumbres, la exigencia sube de punto, como bien se comprende. No es maravilla, pues, que todos los historiadores del Derecho que aceptan y tratan de aplicar la división que nos ocupa, la contradigan luego estudiando en la parte externa la historia política ó declarando desde luego que esa parte abraza, además del estudio de las fuentes, el de los acontecimientos *políticos* y *sociales* que más han influído en el desarrollo jurídico.

---

(1) En Hauriou—de quien son las frases entre comillas—el sentido de la palabra «externo» con relación al Derecho parece ser otro del comúnmente aceptado, relacionándose con la división antigua del Derecho en adjetivo y sustantivo y considerando á aquél como condición y garantía de existencia de éste.—Vid. loc. cit., págs. 9-10.

4. — Parece, pues, que estamos en un círculo vicioso, y que, de mantener la división tradicional, debe aceptarse el convencionalismo que supone. Pero ¿no será más bien que la división misma está mal planteada, que es ilógica y que sólo obedece á una abstracción en virtud de la cual se destruye (como ya antes indicábamos) el sentido orgánico de la vida, llevándonos á pensar que una cosa son las reglas jurídicas y otra las instituciones, y que es preciso que aquéllas se produzcan *primeramente* para que las segundas nazcan? En rigor, esta última idea es la que palpita en el fondo de la división, tal como la exponen muchos autores. Así se dice que la historia externa debe preceder á la interna, por ser aquélla base y fundamento de ésta (1). Sin duda las instituciones son como son en cada momento porque viven según ciertas leyes y costumbres jurídicas; pero ¿no ocurre á menudo, sobre todo con la ley, que, en vez de ser *causa* de una modificación en la vida, es el *resultado* de un cambio real verificado ya en ella, y que el Estado no hace más que reconocer y garantizar para en adelante? El divorcio muy frecuente entre la ley y las necesidades sociales, que no dejan de tomar, fuera de la ley, su forma jurídica más ó menos rudimentaria, ¿no opone una difi-

---

(1) Hinojosa, *Historia del Derecho español*, I, pág. 2.—Sin embargo, el Sr. Hinojosa parece tener, en el fondo, una idea mucho más orgánica de la historia del Derecho que la mayoría de los autores.

cultad insuperable á esa distinción de interno y externo y á la idea de causalidad que lleva implícita? Y, en fin, el carácter de pura *proposición* que la ley tiene casi siempre, como ha demostrado el Sr. Costa (1), ¿no convierte al nacimiento de las verdaderas fuentes de derecho en un fenómeno de los más íntimos de la vida jurídica?

La resolución de este conflicto quizá se halle en elevarnos á un concepto superior de esa vida jurídica, en el cual la ley, la costumbre y la jurisprudencia se nos muestren como fenómenos no menos internos que los llamados «instituciones» y que los actos individuales y sociales ó los estados de pensamiento que van labrando los cambios del Derecho *positivo*. La verdadera relación concreta de causalidad en que se encuentran de cada vez — y en posiciones diferentes, según los casos—la regla y la conducta, el precepto y la institución, se vería entonces tal como históricamente se ha producido y no de una manera abstracta y general, como supone la separación de la historia externa y la interna. Cada fuente iría apareciendo, en su momento dado, como producto de necesidades sociales, originadas en estados ó condiciones jurídicas anteriores, en movimientos eruditos de ideas que tienden á imponerse (quizá en formal divorcio con el pensamiento popu-

---

(1) *El problema de la ignorancia del Derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre.*—Madrid, 1901.

lar) ó en simples caprichos y arbitrariedades del soberano; y el proceso de las instituciones—en el que la manifestación de una ley ó una costumbre nuevas sería uno de tantos hechos integrantes—se nos mostraría así en vivo con toda la complejidad de sus causas jurídicas, ora impulsado, ora detenido por una ley ó reaccionando contra las imposiciones del legislador mediante el incumplimiento de la regla dictada ó por la producción de costumbres *contra legem*, que—quieran ó no nuestros jurisconsultos doctrinarios — son un hecho inevitable y victorioso casi siempre.

En esta concepción orgánica de la historia del Derecho no cabría más historia *externa* que la que Leibnitz definió hace ya tres siglos, un poco modificada en sus términos: es decir, la del movimiento social, *no jurídico*, de un pueblo, en cuanto se traduce, ó más bien da origen ó motiva, no sólo la legislación (única *fuente* que Leibnitz veía), sino toda forma de regla y conducta jurídicas. El Derecho sigue normalmente, en efecto, la dirección de las necesidades y aspiraciones sociales, que varían de pueblo á pueblo, según su psicología y las condiciones del medio físico en que vive; y por eso la historia general de cada pueblo (que es lo que Leibnitz quiso decir con las palabras «movimiento social») es necesaria para entender y explicar bien la ley jurídica, condicionada por las cualidades fundamentales de vida del sujeto. Pero también esta historia externa habría que estudiarla, no desligada de la propia-

mente jurídica, sino en la relación orgánica en que con ella está.

Por de contado, no sería obstáculo la nueva manera de concebir la historia del Derecho para que, como procedimiento de trabajo y con el fin de orientar la investigación y exponer los medios con que ésta cuenta en cada caso, se enumerasen las *fuentes de conocimiento*, ya bibliográficas, ya propiamente monumentales ó de actos (tradición de actos: costumbre tradicional, viva actualmente), en las que, con cualidad de *directas*, figurarían las llamadas fuentes del Derecho, pero en otra forma de la que hoy revisten en la historia externa. En esa enumeración se comprenderían ciertas noticias relativas á las condiciones exteriores de las fuentes como *documentos* ó *monumentos históricos* y que hoy, con toda propiedad, se incluyen en aquella división de la historia: como v. gr., textos que han llegado á nosotros, trabajos de reconstrucción y crítica de que han sido objeto, ediciones, testimonios indirectos que á ellos se refieren, particularidades de su forma literaria, clasificación, repertorios bibliográficos, etc.

III

La Legislación comparada y la Historia del Derecho.

1.—Atendiendo meramente á su nombre, la Legislación comparada parece ser una ciencia que tenga por objeto la aplicación de la función lógica *comparativa* á las diversas manifestaciones (en tiempo y espacio) de las reglas de Derecho expresadas en las *leyes*. Así es cómo, en efecto, se entendió y hubo de cultivarse, por lo común, en los primeros tiempos de su aparición; y este sentido limitado parece predominar todavía en centros científicos como la «Sociedad de Legislación comparada» y en el Boletín que publica (1). Aun concretándose á él, es indudable que esta nueva ciencia (nacida en el último tercio del siglo XIX) tiene tanto derecho á una vida indepen-

(1) *Bulletin de la Société de Législation comparée.*

diente como cualquier otra ciencia especial, siendo bastante el objeto que se propone para llenar una vida entera de estudio.

Ocúrrese, no obstante, que la necesidad intelectual á que con ella se atiende, y los provechos que de ella derivan, de la misma manera que á la legislación pueden ser referidos á otras formas de la vida jurídica, v. gr., la costumbre. Y si se considera que ésta es la forma fundamental del Derecho positivo y que la ley queda, muchas veces, en pura proposición sin eficacia algùna, tendremos dos conclusiones importantes: 1.ª, que la comparación no sólo puede, sino que debe aplicarse también á las costumbres jurídicas, ampliando así el primitivo campo de la Legislación comparada, cuyo nombre, en consecuencia, necesitaría modificarse; 2.ª, que la simple comparación de las leyes dará resultados erróneos á menudo respecto de la vida jurídica de los pueblos, como los daría la historia limitada á la manifestación legislativa.

La primera de éstas conclusiones ha comenzado ya á ejercer su influjo en la Ciencia y aun puede decirse que lo ejerció desde un principio (1), no obstante la limitación del concepto inicial, arrastrando á los autores á comparar tanto las leyes como las costum-

---

(1) V. á este propósito las Memorias presentadas al Congreso de Derecho comparado, de 1900 (*Bulletin*, 1900), y el libro de E. Lambert, *La fonction du droit civil comparé* (París, 1903), págs. 8-15. Nótese que el Congreso se llamó de *Derecho*, no de Legislación.

bres; y así lo hacen hoy, y más de cada día, los cultivadores de la «Legislación comparada». Sería, en rigor, imposible aplicar ésta á los pueblos germánicos en la época anterior al siglo V, lo mismo que á los pueblos salvajes actuales (que carecen de leyes), si se hubiese de mantener la significación que parece ligada al nombre inicial de la ciencia que nos ocupa.

2.—Conviene ahora determinar el alcance de la comparación de que aquí se habla. Ocurre á primera vista que lo que ha de compararse son las legislaciones y costumbres de los diferentes pueblos y de sus épocas sucesivas, para ver (objeto primero de toda compación) sus semejanzas, sus diferencias, las relaciones y mutuos influjos que entre ellas se han producido, los tipos jurídicos que acusan, etc.

Entendida así la Legislación comparada, entra por completo en el campo de la historia. En efecto: el material comparado son los hechos jurídicos (ó parte de ellos) y las semejanzas, diferencias, etc., entre ellos observadas son también hechos, tan reales y concretos como los anteriores; por último, la explicación de esos resultados (el porqué de las semejanzas y diferencias) no puede estar más que en circunstancias históricas del sujeto (I, § 1 y 4), y no excede, por tanto, del campo natural de nuestro estudio. Ya hemos visto, por otra parte, que una de las cuestiones de la historia del Derecho es, precisamente, la de las diferencias nacionales en las instituciones (por qué varían de pueblo á pueblo) y por tanto, tam-

bien, las analogías y semejanzas, imitaciones é influjos de todo orden.

No es éste, sin embargo, el único concepto recibido de la Legislación comparada. Muchos autores, de gran respetabilidad científica no pocos de ellos, creen que el objeto propio de aquella ciencia, más que la comparación *entre sí* de dos ó varias manifestaciones históricas del Derecho, es la comparación de éstas con «algo distinto y común á todas ellas», dado que al comparar entre sí dos ó más legislaciones «surge, ante todo, la idea de que es para estimar su bondad ó justicia respectiva; lo cual no puede alcanzarse con la nueva comparación de las mismas entre sí, sino que es necesario referirlas á algo superior» á ellas. Ese algo superior está formado por «los principios eternos de justicia»; de donde la Legislación comparada es una ciencia *crítica*, que tiende á formular «el juicio, según principios, de los hechos jurídicos, del Derecho positivo ó de las legislaciones» (1).

Este concepto (cuya diferencia con el anterior es muy grande) depende, según es fácil notar, de una concepción dualista del Derecho, uno de cuyos términos (el derecho temporal) se contrasta con el otro (derecho permanente, eterno) para concluir si se ajusta ó no á él; y por la misma filiación, se enlaza el concepto referido con el plan de la Enciclopedia ju-

---

(1) Azcárate, *Ensayo de una introducción al estudio de la Legislación comparada.*—Madrid, 1874.

rídica que distinguía la Filosofía de la Historia del Derecho, y luego, como ciencia compuesta, la *filosófico histórica* (1). Pero la rectificación que ha sufrido modernamente la antigua teoría dualista (I, § 1) y la crisis en que se halla la Enciclopedia jurídica, hacen que el concepto á que nos referimos se encuentre hoy en un estado vacilante, que no parece permitir ninguna construcción verdaderamente científica. El único *juicio* posible, tal vez, dado el concepto actual del Derecho, sería un juicio referido, puramente, á *nuestras ideas jurídicas presentes*, de las cuales pueden apartarse más ó menos los hechos que vamos examinando.

Otra cosa es la necesidad—con antelación al estudio histórico, es decir, á la investigación de los hechos para determinar su cualidad (si son ó no jurídicos, primer momento de la observación), y todavía más para comparar dos entre sí,—de un *criterio* (2) que deriva del conocimiento total del objeto ó, como suele decirse, de su conocimiento filosófico. Pero es dudoso si ese criterio puede proceder realmente de una manera de conocer como ésa, ó es producto de la misma experiencia histórica ó puro reflejo y condensación, en fin, de nuestra idea actual del Derecho; pareciendo, por otra parte, que, dados los cambios de la historia, la aplicación de un criterio así enten-

---

(1) V. la exposición de esta doctrina en Giner y Calderón, ob. cit., I, Introducción, I.

(2) V. sobre este criterio Claudio Bernad, *Introducción á la medicina experimental.*

dido, subordinado en todo caso á esa idea actual, puede inducir á error, incluyendo ó excluyendo de la observación histórica hechos que hoy consideramos no ser ó ser jurídicos y que en otros tiempos ó países pudieron ser apreciados de distinto modo: en cuyo caso, faltaríamos, por lo menos, á la realidad del vivir jurídico desde el punto de vista del sujeto, es decir, de cada grupo y en cada estado de su espíritu.

3.—Resulta de todo esto que el punto de vista natural de la llamada Legislación comparada es el de la comparación de instituciones ó hechos *entre sí*, operación propiamente histórica, cuya diferencia con la historia extrictamente dicha pudiera ser que, en vez de tomar la sucesión de estados tal como se ha producido, sin más, le añade el término lógico de la comparación. Pero, si bien se mira, el método comparativo—cuyos resultados no excederán nunca, en el concepto á que nos referimos ahora, del orden histórico—es de una necesidad tal en la historia, que bien puede considerarse como una parte esencial é ineludible de esta ciencia, de tal módo que, en más ó en menos, todo investigador lo aplica y lo ha aplicado desde que se escribe de historia. Al fin y al cabo, el conocimiento pleno de una cosa supone su distinción de las demás, y no se distingue sino comparando; así ha podido decirse que la Ciencia toda consiste en limitar los objetos, es decir, en notar sus diferencias con los demás y, por tanto,

también sus semejanzas y sus relaciones todas. Y si, por otra parte, es interés primordial de la historia determinar «cómo la analogía ó semejanza de las circunstancias políticas y económicas hace surgir en pueblos diversos instituciones análogas y cómo la diversidad de condiciones geográficas y del carácter nacional pierden su fuerza con los progresos de la cultura, que trásforma la faz de los países y allana los obstáculos naturales que dividen los pueblos, atenuando las diferencias originarias», así como también le corresponde averiguar «la forma en que las diversas circunstancias históricas diversifican frecuentemente las instituciones sociales y políticas» (1), claro es que nada de esto puede conseguirlo sin comparar esas mismas circunstancias entre sí y las formas jurídicas que provocan en cada momento.

La separación, pues, de la Legislación comparada en el concepto que hemos examinado, y la historia del Derecho, no es sustancial, y más parece deberse á las necesidades de la división del trabajo que constantemente crea especialidades en las ciencias, á medida que éstas penetran en el conocimiento de su objeto y, por tanto, amplían su horizonte.

4.—Limitado el concepto de Legislación comparada de la manera que va dicha (y ampliado, po otra parte, á los demás hechos, no legislativos, de la

(1) Hinojosa, *Historia general del Derecho español*, I, 16.

historia), su servicio principal á la Ciencia ha de consistir en mostrar, de una parte, lo que es propiamente *característico* y *distintivo* de un pueblo con relación á los demás (1), y de otra, la *filiación* de las instituciones de cada uno, en lo que no sean originales ó producto de las condiciones especiales de un grupo. En esta segunda parte de sus conclusiones será preciso tener muy en cuenta que no siempre las analogías y semejanzas de instituciones en pueblos diversos proceden de la imitación espontánea, de la trasmisión por justaposición ó de la comunidad de origen, causa esta última á que con sobrada frecuencia propenden hoy día los autores, fantaseando, á veces, unidades étnicas y *razas* sobre la simple base de muchas ó pocas instituciones comunes; sino que, como se ha observado repetidamente, las analogías y semejanzas pueden muy bien provenir tan sólo de la igualdad ó parecido de los estados de cultura ó de las circunstancias extrajurídicas, que necesariamente provocan formas de Derecho iguales ó semejantes, producto espontáneo é independiente en cada pueblo.

Otra utilidad lleva consigo la Legislación comparada, en que no suele repararse por lo común. Sabido es que la Ciencia no se desarrolla paralelamente en todas sus partes, ni es cultivada con la misma in-

(1) Sobre este concepto de lo característico con relación á la psicología de un pueblo, vid. mi *Psicología del pueblo español.*

tensidad en todos los países. De aquí que se conozca mejor la historia de unas instituciones que la de otras y la historia de unos pueblos que la de otros, aunque sean contemporáneos. Así, v. gr., mientras es cosa muy conocida el proceso del régimen feudal en Francia, en Alemania y otras naciones europeas, con relación á España es este asunto todavía motivo de dudas y de incertidumbres. Á veces, también, esas dudas proceden de falta de fuentes que, por el contrario, abundan en un país vecino. Ahora bien, sobre la base de las analogías y semejanzas (sea cual fuere la causa de ellas), es indudable que el conocimiento de las instituciones en pueblos cuya historia está muy adelantada ha de servir para iluminar la de pueblos atrasados en este respecto, ya porque llene vacíos de la investigación, ya (y esto será lo más frecuente y seguro) porque aclare la significación de datos obscuros en su país de origen ó dé valor á indicios tenidos por insignificantes.

Tal es precisamente el caso de España en esa misma institución feudal á que antes nos hemos referido, y en no pocos particulares de su derecho municipal de la Edad Media, visto á la luz del más conocido de la Francia medioeval. Lo mismo ocurre con la comparación entre instituciones musulmanas y cristianas de aquella Edad, género de estudio que muy recientemente se ha abordado y del que pueden esperarse no pocos frutos (1). En sentido opuesto,

(1) Véase los estudios de D. Julián Ribera, profesor de la

la investigación minuciosa del Derecho de las clases rurales en una región española (Cataluña) ha venido á aclarar y rectificar algunos extremos referentes á la evolución general de esas clases en Europa (1).

El conocimiento de la historia jurídica general ó, por lo menos, de las naciones afines, rompiendo el concepto de aislamiento y originalidad á que propenden todos los pueblos en punto á su vida propia, hace desaparecer muchos errores de concepto y muestra el lazo interno que une á todos los contemporáneos y el juego de mutuas influencias que va labrando y explicando la historia de la humanidad en cada período. He aquí por qué la historia particular de cada Derecho histórico (español, francés, italiano, etc.), debe ir acompañada siempre de referencias y comparaciones con las de otros países (2).

Universidad de Zaragoza, y de D. Rafael de Ureña, de la de Madrid: *Orígenes del Justicia de Aragón* (Zaragoza, 1897) y *Sumario de las lecciones de Historia crítica de la literatura jurídica española* (Madrid, 1897-98.)

(1) Hinojosa, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media.* De esta obra, próxima á publicarse, ha dado su autor un avance fragmentario en el Discurso de ingreso en la Academia de Buenas Letras de Barcelona (1902).

(2) Sobre otros conceptos y aplicaciones prácticas de la Legislación ó Derecho comparado, que aquí no nos interesan, véanse las Memorias del Congreso de 1900, en especial las de Esmein y Saleilles *(Bulletin* citado y publicaciones del Congreso).

IV

La ley y la costumbre como formas de la historia del Derecho.

1.—Generalmente, el estudio de la ley y de la costumbre se incluye en la teoría general de las *fuentes* del Derecho. Pero ya hemos visto la reserva con que esta denominación debe ser tomada (II, § 1). Aun en el caso de aceptar el sentido corriente, esto es, de admitir que la ley y la costumbre son fuentes del Derecho *positivo*, sería preciso hacer nuevas distinciones, cuyo fundamento tenemos ya, en parte, establecido (I, 3-4). En primer lugar, dentro del concepto moderno de Derecho positivo la ley no siempre tiene la categoría de fuente, puesto que, si no se cumple, no producirá hecho ninguno positivo en la vida jurídica. Sería, por tanto, necesario distinguir unas leyes que son fuente de Derecho positivo de otras que no lo son. Además, no puede decirse que

los hechos jurídicos (de quienes se supone que son fuentes las dos mencionadas) deriven de un modo igual de la ley y de la costembre.

Tomando el caso en que la ley representa una regla nueva en la vida jurídica de un pueblo, si éste la acepta, de ella manará efectivamente una serie de hechos. La relación de origen se ve aquí fácilmente. Pero en la costumbre la regla no se manifiesta separada del hecho, y no puede en rigor hacerse esa distinción entre *fuente* y *Derecho* como causa y consecuencia. Ambas cosas se dan conjuntamente, y la regla de una manera implícita que sólo por abstracción puede separarse del hecho mismo, educiéndola de él como expresión de un estado de conciencia del sujeto que la realiza. Sólo en ese estado, que conocemos *a posteriori* y del que el mismo sujeto no se da siempre cuenta, puede verse la *fuente* del acto jurídico, mientras que en la ley hay, además de un estado de conciencia (en el legislador), una declaración que precede á los hechos.

En el caso que la ley sea (como á menudo ocurre) simple reconocimiento de una costumbre anterior, hecho por los poderes públicos, ni siquiera cabe considerarla como fuente en el concepto expresado, puesto que en realidad ella es la que emana del hecho ó, por mejor decir, de la norma implícita en él.

2.—La diferencia á que acabamos de referirnos no es más que un aspecto del problema total que con motivo de la ley y la costumbre se plantea, y que es

necesario resolver para guiarnos en punto al valor y á la representación que ambas tienen en la historia del Derecho.

La doctrina tradicional, todavía común y corriente en muchos de nuestros jurisconsultos, distingue ley y costumbre suponiendo que la primera es la forma reflexiva de la regla jurídica y la segunda su forma espontánea, manifestada por la repetición de actos uniformes y subordinada siempre al consentimiento del legislador (poder público). Contra ese concepto se elevó, sobre la base de la doctrina de Savigny y sus continuadores (reconocimiento de un espíritu colectivo popular, *Volkgeist*, que realiza espontáneamente su vida jurídica conforme á su propia idiosincrasia), una teoría de la costumbre que, además de la determinación concreta de sus elementos y manera de producirse (génesis, requisitos, leyes de su vida), afirmó su valor y eficacia en la historia, no ya como complemento de la ley, sino como factor principal, superior de hecho, á lo menos en la práctica normal de la vida; caso aparte de la función educadora que la ley puede cumplir en ciertos casos (1). Pero esta teoría, que parecía ir ganando la opinión de los jurisconsultos, á la vez que iba rectificando y haciendo más sólida y realista la primitiva concepción savigniana, hállase de nuevo en crisis

(1) Véase la expresión de esta teoría en el *Plan de un tratado sobre el Derecho consuetudinario* y en otros trabajo del Sr. Costa.

por efecto principalmente de las doctrinas positivistas y neokantianas, cuyo influjo y cuya discusión se produce particularmente en Alemania, donde es á estas horas riquísima la literatura referente al Derecho consuetudinario.

La indecisión que esto origina en el campo de nuestra ciencia jurídica, hállase complicada con la que de suyo tienen las investigaciones psicológicas y sociológicas en que al fin viene á resolverse, como en un fondo genérico, el estudio especial de la costumbre jurídica, dado que el problema de la génesis y funcionamiento de ésta no es más que un capítulo de la teoría general del hábito (1).

---

(1) Respecto de la teoría general del hábito, pueden verse: Wundt, *Compendio de psicología* (trad. esp. de *La España Moderna*); Baldwin, *íd.* (en inglés); *El desarrollo mental en el niño y en la raza* (en francés); *Interpretación social y moral del desarrollo mental* (id.); Ribot, *Psicologia de la atención* (en castellano); Tarde, *Las leyes de la imitación.* El libro de Baldwin es en opinión de los especialistas, el más recomendable.

Por lo que toca al aspecto propiamente jurídico de la costumbre, la literatura moderna accesible á la mayoría de nuestro público está representada por los libros de Jhering (*El fin en el Derecho*, trad. franc.), Costa (v. nota anterior y capítulo VI), Gény (*Méthode d'interpretation et sources du Droit privé*) y algún otro. La bibliografía alemana es, como hemos dicho, numerosísima, y en ella figuran libros y artículos de Rümelin, Bergbohm, Pfersche, Kohler, Zitelmann, Gierke, Brie, Binding, Labaud, Eisede, Cosak, Stier, Landsberg, etc. Gierke es el representante más eximio y más fiel de la doctrina que en España representan Costa y Giner (*Filosofía del Derecho*).

Parece, no obstante, posible separar este problema relativo al carácter, génesis, etc., de la costumbre como hecho en la psicología individual y social y de su función propia en la vida jurídica, del que se refiere á la simple determinación y comprobación histórica de su existencia juntamente con la ley, de su acción real en el desenvolvimiento del Derecho y de sus relaciones más aparentes con la Legislación. La interpretación de estos hechos puede variar más ó menos en la ciencia filosófica, general, teórica ó como quiera llamarse, del Derecho; pero ello no puede influir en la certeza de los datos históricos, á que será preciso recurrir siempre para contrastar las demás especulaciones.

Así, el reconocimiento de la costumbre como una realidad de la vida jurídica (1),—en que han venido concordando hasta hoy los más de los autores por encima de sus diferencias doctrinales en otros respectos (v. gr., Jhering, Spencer, el krausismo, etc.)—, y no sólo de la costumbre serial (multiplicidad de actos), sino de las nuevas formas de hecho individuales y sociales que preludian la *regla* (Costa), lo mismo que de su influencia en todas las ramas del Derecho (Aguanno) y de la consecuencia favorable á la libertad civil que se desprende de esa realidad (Scaife, Costa), en contra del uniformismo intelectual de los revolucionarios clásicos y de los partidarios del antiguo Derecho ideal ó absoluto, parece que

---

(1) Y de la económica (Vadalá Papale, Cimbali, etc).

es afirmación cuya subsistencia puede asegurarse, á pesar del estado crítico de la cuestión general que se discute.

Veamos ahora hasta dónde se pueden fijar con seguridad los caracteres diferenciales de la ley y la costumbre.

3.—Según la doctrina antigua, de que ya dan un reflejo las Partidas (1.ª, tít. 2.º, leyes 4.ª á 6.ª principalmente) como expresión de la manera de entender entonces la jurisprudencia romana relativa á este punto, los requisitos fundamentales de la costumbre —por donde se manifiestan sus diferencias con la ley—son: ausencia de la forma escrita (la costumbre es oral ó, por mejor decir, consiste en una tradición de actos); pluralidad de actos, ya en número fijo, ya dejando al juez el arbitrio de fijarlos prudentemente en cada caso; consentimiento del legislador («sabiéndolo el señor de la tierra»); trascurso de un tiempo dado, equiparando la fuerza de la costumbre á una prescripción (diez, veinte años, tiempo inmemorial); confirmación por sentencias (dos ó más) de tribunales; publicidad de los actos; uniformidad y continuidad de ellos (1).

Á estos requisitos externos se unen otros que afectan ya al carácter íntimo de los hechos consuetudinarios; y así se les exige las condiciones de racionalidad, verdad y otras, incluso la de no negar ó con-

(1) V. Costa, *Plan* citado.

tradecir el Derecho preestablecido. La ley 4.ª, tít. 2.º de la Partida citada dice terminantemente á este propósito que la costumbre debe ser «con derecha razón y no contra ley de Dios, no contra señorío, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra del lugar donde se hace, y débenla poner con gran consejo y no por yerro ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva, sino derecho y razón y pro; porque si de otro modo la pusieren no sería buena costumbre, sino dañamiento de ellos y de toda justicia». De todas estas condiciones, la que importa señalar especialmente es aquella de que se deduce la imposibilidad de la costumbre contra ley, pues el resto de ellas son en rigor comunes al hecho consuetudinario y á la regla legislativa, que no puede ser (para ser jurídica) irracional, ni contraria á las necesidades del sujeto, ni motivada por la pasión, etc.

4.—La doctrina moderna rectifica en buena parte este concepto de la costumbre (1).

Niega, en primer término, que la costumbre consista en el mero acto, afirmando, en su vez, que la esencia de ella está en la norma que lleva implícita, de la cual tiene conciencia el sujeto, aunque no la exprese en una fórmula intelectual abstracta. Esta

(1) V. Giner y Calderón, loc. cit., § 75 y el libro ya citado de Lambert que discute ampliamente la teoría romanocanónica de la costumbre (págs. 107 á 804).

norma es tan *preceptiva* como la ley y obliga de igual manera que ésta á los individuos (sino que el proceso psicológico de la obligación es distinto) cuando la costumbre ha sido recibida y sancionada por la opinión pública. Los pueblos, ó los grupos sociales inferiores al que indica esa palabra, que viven según costumbres, saben bien cuál es la regla de cada una, y siempre que se presenta un hecho análogo deciden ó sentencian conforme á ella, si el caso es litigioso ó de resolución colectiva (jueces primitivos; tribunales de árbitros en la Edad Media; acuerdos de los concejos medioevales, desde la forma inicial del *concilium vicinorum*, etc.). La serie de esas normas ó reglas es lo que forma en nuestros municipios de la Reconquista los *fueros* consuetudinarios (1), y lo que, al llegar el momento de la redacción de las Ordenanzas, es declarado por los vecinos y reducido á escrito.

De igual manera es preciso reconocer que la condición de ser oral ó no escrita, no es esencial en la costumbre, y que no constituye, por tanto, una nota que la diferencie de la ley. Porque llegue un momento en que, debido á causas muy diversas y á veces ajenas á la misma costumbre, la norma de ésta se reduzca á escrito, no cambia ninguno de sus caracteres de origen, y menos todavía si esa reducción la hace el propio sujeto que dió nacimiento á la costumbre, en virtud de una autonomía que el Estado cen-

(1) Vid. cap. VI.

tral respeta, como ha sucedido múchas veces en los municipios medioevales. Las mismas léyes de Partidas vienen á reconocerlo así cuando, no obstante pedir como requisito para el reconocimiento de una práctica consuetudinaria la existencia de dos sentencias (que ya en el siglo XIII serían muy á menudo escritas), no creen que el hecho mude, por esta circunstancia, de carácter.

Por otra parte, si se admite la definición dominante de ley, según la cual ésta es precepto dictado (con más ó menos formalidades) por el poder público, ó quien lo represente, es indudable que han de considerarse como leyes, dentro del territorio respectivo, los *fueros* dados en la Edad Media, aunque sea por los señores territoriales (no por el rey); y sabido es que, muchos de estos fueros, en los primeros siglos, tuvieron forma oral, como que precisamente una de las conquistas de los vasallos fué obtener que se fijasen por escrito.

Tampoco es necesario para que haya costumbre que transcurra un tiempo mayor ó menor, durante el cual se repita uniformemente el hecho que la constituye.

La fijación de plazos á este propósito ha sido fruto de un estado avanzado de la cultura y de la diferenciación del organismo jurídico, que ha hecho ver la ley como lo *natural* y ordinario y la costumbre como una *excepción* tolerable mediante ciertas garantías, ó que se puede convalidar por el trascurso del tiempo como una adquisición cualquiera de cosa

ajena (de los poderes públicos, en este caso). La validez de la costumbre la lleva ésta en sí misma, en el principio de Derecho que la produce y en su adecuación á las necesidades y circunstancias del sujeto.

Esta cuestión conduce inmediatamente á la de repetición de actos, sea cual fuere el tiempo que dure ó en que se produzca. Realmente, ¿hace falta para que haya costumbre que el acto se repita, es decir, se cumpla, por lo menos, más de una vez? Si nos fijamos en la vida individual ordinaria, veremos que nadie dice que tenga costumbre de hacer tal cosa ó de hacerla de cierto modo, sino cuando la ha realizado idénticamente varias veces. Un hecho aislado en la vida de un hombre, nadie lo considera como habitual; y lo mismo parece que debe suceder en la vida colectiva, con la circunstancia de que la repetición han de verificarla aquí distintos sujetos, sucesivamente.

Verdad es que «si el primer acto expresivo de una norma consuetudinaria no tuviese valor como tal, no lo tendría tampoco ninguno de los sucesivos, ni, por tanto, la totalidad de la serie» (1); pero como si los demás hombres no lo aceptan y acomodan á él su conducta, el hecho inicial constituye un episodio aislado, sin eficacia en la vida jurídica colectiva, piensan muchos autores que debe considerarse como una especie de proposición (al igual de la ley) ó invitación al resto de los individuos, no seguida por

(1) Giner y Calderón, ob. cit. §, 75.

éstos. Podrá ser esto cierto en punto á la generación de la costumbre; pero surge entonces una cuestión de gran interés para la idea que nos formamos del funcionamiento de la actividad jurídica.

Esos hechos singulares—ya los produzca un individuo, ya varios—son innumerables. Aunque la tendencia general humana sea á imitar, á adaptarse al medio y sus hábitos, hay muchos hombres independientes que se producen con originalidad, y que inician con sus actos, ya una variante en la aplicación de la ley, ya una regla nueva. Esas variantes son, á menudo, especies de incumplimientos de la ley y de la misma costumbre que no llegan á caer bajo la sanción penal y que, racionalmente, quizá no deban ni aun considerarse como actos jurídicos morbosos (I, § 3). Ejemplos de ellos los estamos viendo constantemenre en las prácticas de los tribunales de justicia, en la de las leyes electorales, etc. Otras veces, se producen en la esfera de autonomía que la misma ley reconoce á todos los individuos, particularmente en el orden civil (testamentos, contratos, etc.), y que permite determinaciones originales de la voluntad individual ó de la concurrencia de varias voluntades, en forma que la ley no regula ni aun puede prever más que en la vaga indeterminación de su permiso para que se produzcan (1). Estas determinaciones pueden llegar á originar costumbres; pero en el caso de que así no

(1) V. Costa, *El problema de la ignorancia del Derecho.*

ocurra, son tan reales y jurídicas como las que se imitan y repiten. ¿Habrá que despreciar esta gran masa de hechos que con los demás integran la vida total del Derecho? Indudablemente, no; ya se les considere como momentos iniciales de costumbre frustrada por el momento (puede renacer), ya como cosa distinta. Períodos hay en la historia en que esa voluntad individual ó esa plurivoluntad convenida con relación á un caso concreto (un contrato) han tenido valor extraordinario y han sido causa de la diversidad local de situaciones jurídicas (v. gr. en la Edad Media): reglas y contratos referentes á las relaciones entre señores y siervos, villanos, etc. (1). Y sin embargo, los autores no han concedido todavía á esos hechos toda la consideración que merecen, ni han pensado, puesto que se excluyen de la forma consuetudinaria, en plantear la cuestión de si constituyen una nueva fuente del Derecho y cuáles sean sus notas diferenciales con la costumbre y la ley. Su cualidad de hechos vividos, por lo menos indivualmente, parece colocarlos dentro de la esfera de lo que se llama el Derecho positivo (I, § 6) y hace pensar en un concepto superior á las distinciones entre las fuentes de éste, dentro del cual tiene el mismo valor todo lo que el sujeto vive y realiza, ya sea su

---

(1) Según la hipótesis, muy verosímil, de Sumner Maine, la primera aparición de la regla jurídica se produjo mediante resoluciones individuales de casos concretos (sentencias arbitrales), prodromo del Derecho consuetudinario.

regla de origen popular (colectivo), ya erudito que podría decirse (del órgano diferenciado para la función legislativa), ya individual ó plurindividual, pero aislado.

5.—Aparte de los requisitos ya mencionados, han solido los autores indicar como indispensable para que exista la costumbre el de que el sujeto «realice el acto con conciencia de su necesidad como Derecho» (*necessitatis opinio*). Conviene fijarse en él, porque se relaciona con otro carácter que se le asigna á la costumbre: la de de ser una forma espontánea de la vida jurídica, entendiendo lo espontáneo como opuesto á reflexivo. Interprétese la *necessitatis opinio* del acto en el sentido antiguo de creencia (equivocada) en que al realizar el acto se cumplía la ley, ó en el moderno y racional que la entiende «como la convicción del sujeto de que satisface, mediante su acto, una necesidad *jurídica*», claro es que, en ambos casos, se supone en aquél una conciencia clara y un principio de reflexión, aunque, sin duda «parcial, ejercitada siempre sobre los hechos que van ofreciéndose á la experiencia diaria y reclamando del sujeto una solución perentoria» (1); sin que sea obstáculo á ello que la incultura de aquél no sepa traducir á la fraseología erudita (Derecho, jurídico, etc.) su concepto de la necesidad y de la relación con que la satisface.

(1) Las palabras entre comillas de todo este párrafo pertenecen al libro de los Sres. Giner y Calderón, § citado.

6.—En cuanto al consentimiento del legislador y á la imposibilidad de la costumbre contra ley, no pasan de ser puras pretensiones del Estado oficial, que llevan implícita la doble creencia errónea de que no hay más órgano productor de la norma jurídica que el diferenciado (el cual obra por representación de la colectividad) y de que la ley es siempre justa; de donde todo acto que se le oponga ha de considerarse como morboso y perturbador del Derecho. Dado el concepto de lo justo relativo á cada conjunto de circunstancias históricas (I, § 6), claro es que, aparte la posibilidad de que la ley sea *ab initio* injusta, hay siempre la de que se rompa el equilibrio que en un principio tuviera con la vida, originándose esa disconformidad entre ésta y la ley que, para algunos autores, es casi constante ó constante del todo. Dado ese caso, sería absurdo pretender que la vida jurídica, que no cabe en el molde legal, se detuviese ó se deformase para entrar en él. El hecho real es que salta por encima y crea, á despecho de lo preceptuado, modos de conducta diferentes del que éste supone. El incumplimiento colectivo de una ley, que la deja en pura proposición, muestra ya, por sí sólo, que la ley no expresa el Derecho apropiado á las circunstancias de la colectividad que la rechaza. No quiere esto decir que en esos casos la razón esté siempre del lado de la costumbre. Posible es que esté del lado de la ley, y por esto creen algunos autores, de los que más defienden el valor racional del Derecho consuetudinario, que «no procede

admitir costumbre contraria á aquel género de leyes obligatorias que consagran los principios fundamentales admitidos unánimemente por los pensadores de todas las escuelas como necesarios ó inmutables» (1). Esta unanimidad es presunción de acierto; y aunque no pueda decirse en absoluto que la presunción sea siempre exacta, provisionalmente y dada la perentoriedad de la vida, que no puede detenerse á discutir de cada vez la razón de uno ó de unos pocos contra los más, hay que aceptarla como criterio para dirigir la conducta.

7.—Recogiendo ahora las notas esparcidas en los párrafos anterioros, parece que el concepto diferencial entre ley y costumbre puede establecerse de la siguiente manera negativa:

La ley y la costumbre no se diferencian:

1.° En ser la una norma y la otra no; sino que ambas, aunque el signo de la segunda son hechos, llevan é imponen una regla de conducta.

2.° En ser preceptiva una y la otra no, por la misma razón antes dicha y con la particularidad de que la eficacia del precepto legal es menor, casi siempre, que el de la costumbre.

3.° En aplicarse á una serie de hechos y no á un hecho sólo.

---

(1) Dictamen presentado al Congreso jurídico español de 1886 por los Sres. Oliver, Pantoja, Giner de los Ríos y Costa.

4.° En que la una supone un acto de reflexión y la otra no.

5.° En la forma de expresión de su regla, que en ambas puede ser oral ó escrita.

6.° Muchas veces, tampoco en el órgano que la dicta (poder público). Así en la tribu y en la ciudad antiguas, el anciano, patriarca ó juez equivalen al jefe del Estado ó al Poder legislativo de hoy y formulan sus costumbres. Lo mismo ocurre con las asambleas populares, *judices*, alcaldes, etc., de los municipios medioevales.

Parece, en cambio, que se diferencian:

1.° En el alcance de su norma: práctica y concreta en la costumbre, ideal y abstracta en la ley.

2.° En su generalidad, mayor en la ley las más de las veces.

3.° En su origen: la ley puede no nacer ligada á un hecho, con motivo de él, sino para prevenirlo.

4.° En los estados superiores de organización política, en el órgano: de la ley lo es el poder diferenciado para esta función en el Estado; de la costumbre, el Estado no oficial, es decir, todo el cuerpo social en cuanto Estado.

5.° En el grado de reflexión. El que acompaña á la formación de la ley es mayor, por el carácter predominante artístico y armónico de la ley, cuyo fin es «en cierto modo revelar al sujeto social la unidad orgánica de su propio desenvolvimiento jurídico, exteriormente oscurecida á sus ojos por el carác-

ter ocasional, y en la apariencia empírico é incoherente, de la costumbre» (1).

6.° En el modo de expresión del principio de conducta á que se refieren: en la costumbre es «tácito y emanado inmediatamente de las necesidades sucesivas de la vida jurídica»; en la ley «expreso, adoptando una forma general é ideal que hace posible el carácter reflexivo de las declaraciones legales en su serie» (2).

De esta suma de analogías y diferencias puede sacarse lógicamente el principio de las relaciones que en la realidad histórica mantienen la ley y la costumbre. Como expresión de dos estados y puntos de vista intelectuales (y hoy día también de las dos partes que forman la sociedad política: Estado oficial y Estado no oficial), son igualmente necesarias y mutuamente se rectifican y auxilian. Mas para que la ley tenga eficacia es preciso que la conciencia popular la acoja, y en cierto modo, que la resuelva en forma consuetudinaria, ya sea de un modo libre, ya por una imposición á que no puede resistir; aunque, en este último caso, la protesta latente concluye muchas veces por encontrar ocasión en que revelarse y triunfar, derribando la ley y volviendo á la costumbre. El efecto principal de la ley—que es educativo—no se consigue en los pueblos poco cultos, en los cuales la conciencia reflexiva del

(1) Giner y Calderón, ob. cit., § 76.
(2) Giner y Calderón, ob. cit., § 76.

Derecho es escasa, sino tras muchos fracasos, aunque también en ellos es más frecuente que el abismo que separa la minoría intelectual directiva y el grueso de los elementos sociales haga que aquélla desprecie á menudo el fondo consuetudinario de la vida y extreme el tono ideal y abstracto de la ley. En los pueblos cultos y educados políticamente, la colaboración que el cuerpo social tiene en la producción legislativa disminuye la distancia entre la ley y la costumbre que naturalmente nacería del estado psicológico de la masa, haciendo que sus normas respectivas se parezcan cada vez más, por aumentar el grado reflexivo de la costumbre y suavizar, mediante un estudio directo de las necesidades reales, el tipo abstracto de la ley. Quizá el porvenir está en que la legislación reduzca su papel á la ordenación y sistema que corresponde á su carácter artístico, dejando un margen amplísimo á la libertad civil.

8.—Otro problema—y éste ya plenamente histórico—se plantea con motivo de las relaciones entre la ley y la costumbre, á saber: el de la precedencia cronológica de ambas formas. Por lo común, se piensa que la costumbre ha sido la forma primitiva de manifestación de la norma jurídica y que en un momento dado de la historia fué sustituída por la ley. Esta sustitución pudo proceder, ya de un progreso en la cultura y una complicación en las relaciones sociales (Lerminier y los autores cuyas doctrinas refleja), ya de la necesidad de fijar con toda

precisión, mediante la escritura, una norma que viene á sancionar cierta conquista del pueblo sobre los gobernantes, de las clases subordinadas sobre las que dominan (Sumner Maine): de lo cual pueden ser ejemplo las Constituciones modernas y los contratos escritos en que los siervos rurales logran, hacia fines del siglo XII, que se determinen con exactitud y de modo invariable los tributos y servicios que han de prestar á los señores.

Esta teoría puede ser verdad, tal vez, por lo que se refiere á la precedencia de la costumbre en los grados primeros de civilización; pero no lo es, ciertamente, en punto al hecho del tránsito de una forma á otra y á la consecuencia que de aquí se deduce y que, en efecto, no dejan de sacar muchos autores, á saber: que al nacer la ley desaparece la costumbre ó, á lo menos, que se convierte en cosa subalterna, subordinada á la ley y de vida lánguida é insignificante. Ya hemos visto que no es así en tesis general, y hemos de fortalecer esta afirmación en el capítulo siguiente con alegaciones de hechos referentes á la historia especial del Derecho español.

La costumbre es una forma eterna de la vida jurídica y en los más de los pueblos actuales ha venido siendo, hasta hoy, la más numerosa y la más conforme con el carácter del cuerpo social.

9.—Á la vez que la ley y la costumbre, suele señalarse también como fuente directa del Derecho positivo la jurispudencia de los tribunales. En rigor, no

constituye ésta una forma nueva, sino que participa á la vez de los caracteres de la ley y la costumbre.

Realmente, para entendernos en este punto se hace preciso acudir á los datos de la historia. Acostumbrados hoy al espectáculo de la organización moderna del Estado y al papel que en ella tiene el llamado poder judicial, solemos generalizar con exceso en punto á la condición que revisten los actos de éste. Pero no siempre ha sido así.

En principio, se dice que el juez no tiene más misión que la de aplicar el precepto legal á los hechos, principalmente á los que ofrecen dudas ó se presentan de un modo contencioso. Conforme á esto, pudiera creerse que la jurisprudencia no es más que una derivación de la ley: la misma ley concretada en cada caso según la índole de éste. Pero si bien se mira, ha de verse que no es esto sólo. El carácter genérico de la ley pide, ante la inmensa variedad de los hechos individuales y sociales, una interpretación que, por esa misma variedad, puede revestir multitud de formas, cada una de las cuales, aunque interiormente subordinadas al precepto inicial, son, sin embargo, algo nuevo de cada vez, parecido, por su concreción y por su dependencia estrecha del hecho, á la costumbre, pero con un grado mayor de reflexión que el natural á la forma consuetudinaria. Así se dice que la jurisprudencia es un caso de interpretación *usual* y, á la vez, *doctrinal* (1). Esta mul-

(1) Giner y Calderón, ob cit., § 83

tiplicidad y variedad de formas es tanto mayor cuanto que el juez goza por lo común de una libertad grande en su interpretación, en la cual se da la posibilidad de que, realmente, oficie, ya como legislador, ya como productor de costumbres *según ley* y *fuera de la ley* (1). Basta repasar los tomos de jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, para ver que, efectivamente, hay en ella cosas que la ley no hacía presumir, en que quizá no pensó el legislador y que vienen á sustituir su obra.

Pero además, si del estado presente nos trasladamos á la consideración de otros en que la diferenciación política y la centralización de funciones no eran tan grandes como hoy son, veremos que los jueces no siempre han aplicado la ley en sus sentencias, sino predominante ó exclusivamente costumbres (también hoy pueden sentenciar según «uso de la tierra)», y han sido creadores de nuevas normas. Sin necesidad de remontarnos á los tiempos de las primitivas civilizaciones asiáticas ó europeas, baste recordar lo que fueron los tribunales en la España de la Edad Media, antes que la Monarquía lograse organizar y unificar esta función; el gran papel de los jueces árbitros en el ejército y en la sociedad civil; la participación del elemento colectivo *(conci-*

(1) La cuestión de la mayor ó menor libertad que el juez puede tener respecto del precepto legal, es muy discutida hoy en la ciencia jurídica de otros países, donde cuenta ya con una literatura importante.

lium) en los tribunales ó *placita* de los señoríos y de los municipios primitivos, etc.

Por otra parte, la jurisprudencia ha sido el camino por donde se han realizado muchas veces grandes cambios en el Derecho positivo, aun contra la ley. Ejemplo de ello son: en la época romana, el efecto unificador de las sentencias contra el precepto que mandaba respetar la costumbre provincial, y en la época de la Reconquista, sobre todo, la penetración del Derecho romano y canónico de las Partidas, por obra de los letrados y á través de los tribunales, no obstante el ningún valor legislativo de aquel Código hasta 1438 y el valor puramente supletorio que desde entonces se le reconoció. En los casos de uno y otro ejemplo, es en la jurisprudencia, y no en la ley ni en la costumbre estricta, donde hay que ir á buscar los datos para el conocimiento de la historia interna y de la modificación que se operaba en muchas instituciones tradicionales.

De aquí la necesidad de tener muy en cuenta las sentencias de los tribunales como fuente de la historía jurídica que complementa y, á veces, sustituye á la ley y á la costumbre.

V

La costumbre en la historia del Derecho español.

1.—Es notorio que la mayoría de las historias del Derecho escritas hasta ahora son más bien historias de la legislación ó, á lo sumo, de la legislación y la ciencia jurídica (1). Los motivos de esta limitación son harto conocidos para que tengamos que detenernos en su examen. Su arraigo era tal en la doctrina de los jurisconsultos, que la vigorosa sacudida impresa por la escuela de Savigny á los conceptos fundamentales de la vida del Derecho no consiguió en mucho tiempo quebrantar la antigua manera de ver

(1) La excepción que presenta la historia del Derecho francés en lo que se refiere á la época feudal del «droit coutumier», tiene un caracter muy especial. El «droit coutumier», además de ser escrito, representa sólo un momento en la vida jurídica consuetudinaria, que es eterna.

la historia, ni ha logrado todavía renovar prácticamente el contenido de ella. Pero ya se marca con toda claridad en los historiadores la tendencia á llegar á este resultado. Recogeremos las conclusiones obtenidas hasta el presente con relación particular á nuestra historia, para ver en qué confirman las doctrinas emitidas en otro capítulo.

El representante más caracterizado de esta corriente entre nosotros es D. Joaquín Costa, cuyos trabajos se iniciaron en 1876 con un libro, *La vida del Derecho*, que comprende la teoría de la costumbre como una forma de la actividad jurídica. Esa teoria debió de haberse ampliado y expuesto *speciatim* en otro libro (1) que el Sr. Costa no llegó á publicar, pero del que suministra una idea bastante completa el *Plan de un tratado sobre el Derecho consuetudinario*, que publicó en 1887. Ya antes de esto (en 1879, 1880 y 1885), el autor, variando el sentido de sus investigaciones, había comenzado á contrastar su doctrina con la observación directa de hechos consuetudinarios concretos y vivos en la realidad presente de varias comarcas españolas. Á ello responden las dos monografías tituladas *Derecho consuetudinario del Alto Aragón* (1880) y *Materiales para el estudio del Derecho municipal consuetudinario de España* (1885). Guió al Sr. Costa en ta-

---

(1) Otras manifestaciones de esta misma preocupación ideal del Sr. Costa se hallan en sus libros *Teoría del hecho jurídico* (1880) y *Estudios jurídicos y políticos* (1884).

les trabajos, principalmente, un interés práctico, á saber: el de que la anunciada codificación del Derecho civil (cumplida, por lo que toca á las regiones castellanas, en 1888) y el proyecto de una nueva ley municipal, tuviesen en cuenta el verdadero Derecho positivo, popular en España (cuya variedad riquísima pide un amplio régimen de libertad), en vez de proceder por abstracciones doctrinales de gabinete. Por eso se fija, sobre todo, en las costumbres vivas, actuales, sin más excursiones á la historia que las que estrictamente derivaban de la misma índole de los datos reunidos. Era fácil predecir, sin embargo, que el Sr. Costa no se detendría aquí, sino que iría á buscar en los tiempos pasados la raíz y entronque de los hechos presentes y, por consecuencia, que sería llevado á poner en relieve el proceso histórico del Derecho consuetudinario español y la importancia de este elemento en la total historia jurídica de nuestro pueblo. Así fué en el libro titulado *Colectivismo agrario en España* (1898), que contiene numerosos datos de costumbres jurídicas de este orden desde la época de los iberos, é igual sentido se expresa en los concursos anuales abiertos desde 1897 á excitación del Sr. Costa por la Academia de Ciencias Morales y Políticas para premiar monografías sobre prácticas ó costumbres de Derecho y Economía; pues aunque el fin principal de tales concursos sea hacer una especie de inventario de las costumbres *usadas actualmente*, la Academia indica que se debe investigar también sus precedentes

y orígenes y que no deben omitirse aquéllas «que hayan desaparecido modernamente», determinando «en tal caso los motivos de la desaparición y las consecuencias que ésta haya producido». Los autores de las monografías presentadas (1) han tenido, pues, que acudir muchas veces á investigaciones rigurosamente históricas; y lo propio han hecho otros que, en la *Revista de Legislación*, y también por iniciativa del Sr. Costa, han publicado una serie de estudios del mismo carácter, incluída en el reciente libro *Derecho consuetudinario y Economía popular de España* (Barcelona, 1902).

Los resultados de todos estos trabajos son sumamente interesantes para la ciencia del Derecho en general y en particular para la historia jurídica. En lo referente á esta última, han evidenciado la existencia de una gran masa de Derecho consuetudinario en todas las épocas y regiones de España y su vivacidad persistente hasta nuestros días, no obstante el gran movimiento legislativo y unificador del siglo XIX; y como consecuencia de ambas cosas, han permitido la fijación de un carácter de la psicología y de la historia jurídicas del pueblo español, á saber:

---

(1) Se han presentado, hasta la fecha, quince Memorias, de las cuales han resultado premiadas nueve, que se refieren al Derecho consuetudinario de León, Vizcaya, Tarragona, Barcelona, Gerona, Lérida, islas Pithiusas, Aliste, Ciudad Real, Provincias vascas en general y Galicia, más una que se refiere á los contratos agrícolas en toda la Península.

el predominio del elemento espontáneo y de las formas consuetudinarias populares de la vida.

2.—Sin llegar á esta conclusión, y probablemente no sospechándola siquiera, ya más de un historiador del derecho español se había fijado, antes de ahora, en la existencia de costumbres jurídicas no consignadas en los textos legales y que apenas si éstos dejaban entrever. D. Pedro José Pidal y el Sr. Muñoz hicieron esta observación por lo que se refiere al período visigodo (1), que es uno de los más abundantes en leyes de nuestra historia; y sabido es con qué fuerza de argumentos concretos ha confirmado Ficker (2) el atisbo de los dos escritores españoles. También puede notarse algún reflejo de costumbres que se separan del Derecho escrito en las *Fórmulas visigóticas*.

En el período romano la comprobación respecto de los primeros siglos de la conquista es llana, con sólo atender á los textos de Estrabón y otros autores harto conocidos. No es tan fácil por lo que toca á tiempos más avanzados (en que la romanización se hizo más intensa y extensa), por falta de documentos; pero aun en ellos cabe conjeturar la perma-

(1) Pidal, *Historia del gobierno y legislación de España*; Muñoz y Romero, *Discurso* de recepción en la Academia de la Historia.

(2) Ficker, *Relaciones íntimas del Derecho visigodo español con el Derecho noruego-islandés* (Mitt. des Institut. für Œsterreichische Geschichtsforschung, 1888).

nencia de muchas costumbres y la formación de otras nuevas (sobre la base del mismo Derecho romano), fundándose en dos series de razones: de una parte, lo incompleto de la romanización y la subsistencia del precepto legal que mandaba respetar la *consuetudo* provincial, en el Código Teodosiano y en las compilaciones justinianeas: precepto que no debió perder enteramente su eficacia, aun habiendo sido frecuente el hecho de que los emperadores derogasen tales ó cuales costumbres, como ha probado Cucq; de otra parte, por la reaparición, en los siglos de la Reconquista, de instituciones de Derecho segura ó muy probablemente ibero-celtas, que, por lo tanto, hubieron de seguir viviendo, aunque oscurecidas para los investigadores actuales, durante toda la dominación romana y la visigoda, no obstante la presión de ambas influencias en el Derecho y en la vida general. La determinación concreta de esas supervivencias consuetudinarias es uno de los problemas que tiene hoy planteados nuestra historia del Derecho y que tal vez nunca pueda resolverse de una manera precisa y amplia; pero cualesquiera que sea el resultado futuro de estas investigaciones, su iniciación se deberá también al Sr. Costa, quien ha tratado, con una riqueza de pormenor y una agudeza crítica admirables, este punto en dos obras suyas: el *Plan de una Historia del Derecho español en la antigüedad* (1889) y los *Estudios ibéricos* (1891-94), donde el autor puede decirse que ha exprimido todo el jugo que de sí podían dar las fuentes clásicas que

hoy poseemos y aun la enigmática epigrafía ibera (1) Sean cuales fueren las reservas que respecto de algunas de sus conclusiones se puedan hacer, el hecho general de la subsistencia de costumbres primitivas queda, á mi juicio, probado y quizá explica el fácil injerto de las costumbres germanas en la Península. El Sr. Pérez Pujol, en su monumental obra *Instituciones sociales de la España goda* (1896), sostiene esta misma opinión (2), que, naturalmente, se refiere en primer término á las instituciones llamadas civiles (organización de la familia, formas de aprovechamiento de la propiedad, herencias, particularidades contractuales).

En los siglos de la Reconquista, la existencia de una gran masa de Derecho consuetudinario es cosa plenamente comprobada, no sólo por lo que se refiere al elemento germánico y el ibero (ya aludidos), sino también á la formación de costumbres nuevas, hijas, ya de las circunstancias especiales de aquellos tiempos y del cantonalismo típico de la vida medioeval, ya del contacto con los musulmanes, judíos y gentes europeas que venían á España. El fenómeno se produjo de una manera igual á como en Francia hubo de originarse el nacimiento dèl *droit coutumier*. También aquí algunas de las primitivas cartas mu-

(1) V. los estudios *Inscripción ibero-latina de Jódar* (*Bol. de la Institución Libre de Enseñanza*, 1889) y *Burgos y burgarios* (en la misma revista, 1895), no incluídos en el libro *Estudios ibéricos*.

(2) Vid. particularmente tomo I, págs. 133 y 83.

nicipales y de población (*fueros*) dieron motivo para que se mencionasen y confirmasen costumbres existentes en la localidad: según parece verse, v. gr., en el fuero de San Zadornín, de 955 (1). Además, fué un hecho general que la costumbre tuviera valor subsidiario en todo lo que no disponía el fuero escrito (2), como le pasaba también (aunque por muy diverso concepto) al Fuero Juzgo, al cual aluden muchos fueros locales.

Es muy posible que muchas de estas costumbres procedieran ya de la época visigoda, por la anarquía que se produjo desde las primeras invasiones germánicas y por los muchos núcleos independientes que se formaron ó renacieron, y cuya existencia se ve bien clara en las conquistas de Liuvigildo, cuyo pormenor ha estudiado ampliamente el Sr. Fernández-Guerra. Otras veces, aunque el fuero no aluda á esas preexistencias, su texto revela bien el fondo consuetudinario local que se utiliza, elevándolo á Derecho escrito y garantizado por el rey ó el señor. En tiempos más avanzados de la misma época (siglos VIII á XV) son las villas mismas las que co-

(1) V. la confirmación general de este hecho en Muñoz y Romero, *Colección de fueros;* Webster, *Simon de Montfort et le Parlement anglais* (en *Les loisirs d'un étranger au pays basque*, Chalons-sur-Saone, 1901), donde recoge varios testimonios de autores españoles, no todos igualmente respetables, y aduce algunos casos; Costa, *Poesía popular*, 231, nota; López Ferreiro, *Fueros de Santiago*, I, pág. 68, etc.

(2) V. las citas de la nota anterior y además Du Boys, *Hist. del Derecho penal en España*, pág. 74.

leccionan y reducen á escrito sus costumbres locales, bajo el amparo de la autonomía municipal; hasta que en el siglo XVI, singularmente, se desarrolla el período de redacción de las *Ordenanzas* municipales con intervención de los funcionarios reales y confirmación del monarca. Esta rica documentación de la Edad Moderna, que se continúa hasta el siglo XIX (revisión y nuevas redacciones de Ordenanzas en Asturias y otros puntos), ni ha sido inventariada aún sistemáticamente, ni estudiada á fondo y de un modo general para todo el país.

3.—Las costumbres medioevales conocidas se refieren á todos los órdenes del Derecho, según vamos á indicar:

Comprenden los fueros, sustancialmente, los siguientes extremos: donación de tierras y aguas, que han de formar el *territorio* del grupo social creado ó reconocido por el fuero; exención de tributos, ya propiamente dichos, ya pertenecientes al género de las multas por infracciones penales y otras faltas; exención de servicios (el militar, v. gr., á no ser en momentos excepcionales); declaración sobre el estado civil de las personas, ya otorgándoles la libertad, si antes eran siervos, ya señalando sus deberes con respecto al rey ó al señor del territorio. Á estos elementos primordiales se une, desde el siglo X probablemente (1), la concesión de cierta independencia

---

(1) En opinión de algunos autores, desde el IX, en la

respecto de la jurisdicción de los condes, gobernadores de distrito ó *mandation*, y el reconocimiento del *concilium* ó asamblea de vecinos, es decir, de la organización municipal, que más tarde se desarrolla diferenciando sus funciones y órganos. Antes de esto, lo que revelan los fueros y las donaciones reales que á ellos suelen equipararse, en los siglos VIII, IX y aun el mismo X, es el otorgamiento de jurisdicción á un señor y, más frecuentemente, á una iglesia ó monasterio (Oviedo, Obona, Valpuesta, etc.), sobre los pobladores del territorio donado ó sobre los que ya existían ó se establecen nuevamente en tierras cuyo dominio señorial es anterior á la fecha del documento.

Con relación á todos estos extremos, no parece posible que naciese la costumbre, porque los términos de las concesiones eran taxativos. Pero como la vida es más rápida en sus movimientos y más compleja que la legislación, por bajo de la carta se fué produciendo un Derecho consuetudinario cuyas principales direcciones son: por lo que toca á los distritos señoriales, la referente á las relaciones, tanto personales como de gobierno, de los siervos y patrocinados con el señor, en virtud de la corriente cada vez más acentuada en pró de la liberación de aquéllos, y de los cambios que iban produciéndose en las condiciones económicas del país, hechos ambos que no siempre

carta-puebla de Brañosera; pero no me parece segura la interpretación del documento original (824) en este punto.

se reflejan en nuevos fueros; por lo que se refiere á los municipios libres, la relativa á la organización, muy variable, del concejo y á la gran masa de costumbres administrativas que, naturalmente, había de producir el juego autonómico de aquella institución, especialmente en la época de florecimiento del poder concejil, cuando todavía era escasa ó puramente nominal la intervención de los funcionarios regios. Tampoco estas costumbres se reflejan siempre en documentos que puedan recibir el nombre de legislativos. Sólo una parte de ellas tiene expresión en las confirmaciones y ampliaciones de fueros, y á veces tardan mucho en ascender á esta categoría de reglas escritas y aceptadas explícitamente por los poderes públicos. Por su condición misma, la costumbre es, en todo caso, anterior á su reconocimiento; pero es seguro que su autoridad fué con frecuencia muy grande, lo mismo en este orden de costumbres que en las producidas en territorio señorial. El resto de las que perduran sin escribirse, viene á formar más tarde el fondo de las *Ordenanzas* ya citadas, aunque muy comprimidas ya por la centralización; y algunas (más de las que pudiera creerse, tomando por guía tan sólo los documentos oficiales) siguen viviendo por bajo de la apariencia legal hasta nuestros días: como lo han revelado, entre otros, los estudios de Derecho consuetudinario actual, de Costa (ob. cit.), y López Morán (*Derecho consuetudinario de la provincia de León*). Sería preciso registrar minuciosamente las sentencias de los tribunales, los documen-

tos de contratación privada y las relaciones é inventarios de aquellos tiempos, para completar los datos reveladores de costumbres que no se hallan en las fuentes citadas antes. Ese trabajo, aunque iniciado ya por Martínez Marina y Muñoz Romero y reanudado recientemente con gran perspicacia, en lo tocante á los primeros siglos, por M. Barrau Dihigo (1), está realmente por hacer; pero en lo hecho queda ya afirmada la existencia de gran número de costumbres del género á que nos venimos refiriendo. Otras, relativas no sólo á la vida señorial y á la municipal, sino también á la de los poderes é instituciones centrales, se hallan esparcidas en el llamado *Fuero Viejo*, como han observado Hinojosa (2) y Costa (3); en las fazañas de esa misma compilación y de otras; en las *Partidas* de Alfonso X y en la literatura medioeval, particularmente la épica (cantares de gesta, romances), tan admirablemente aprovechada en este sentido por los autores ya citados, Costa (4) é Hinojosa (5).

Pero la abundancia mayor de costumbres medio-

(1) V. el Rapport de su misión en España. *Annuaire de l'Ecole pratique des hautes études*, París, 1900 y 1901.

(2) V. mi *Historia de España*, II, § 456, que refleja en este punto la opinión del Sr. Hinojosa.

(3) *Colectivismo agrario*, en especial pág. 471, nota 2.

(4) *Estudios jurídicos* y *La poesía popular española* (1881).

(5) Especialmente en *El Derecho en el poema del Cid* (incluído en el vol. I del *Homenaje á Menéndez y Pelayo*. Madrid, 1899).

evales corresponde al derecho llamado civil, excepción hecha de la condición de las personas, de que ya hemos hablado. Se comprende que así sea, porque respecto de las instituciones de ese género los reyes no tenían los mismos motivos de intervención que respecto de las políticas y administrativas; y en cuanto á los señores, aunque les importasen las relaciones de familia y de propiedad de los sometidos á ellos, y procuraran (como procuraron en los primeros siglos) reducir algunas de ellas á formas convenientes para su egoísmo, bien pronto se vieron arrastrados por la corriente libertadora, que quebrantó la primitiva sujeción y dió lugar al nacimiento de multitud de situaciones especiales de los pobladores de señorío en lo referente á esas relaciones. Los verdaderos enemigos de la diversidad local de costumbres civiles fueron el derecho canónico y el romanismo, que tardan, sin embargo, en actuar eficazmente sobre la vida de las regiones peninsulares; y es de ver cómo, antes de que ese hecho se cumpla, va brotando la rica floración del Derecho consuetudinario familiar, económico, etc., y cómo sigue desarrollándose y se defiende en los siglos posteriores, no obstante la invasión cada vez mayor de aquellas nuevas influencias.

Las fuentes para comprobar la existencia de esas costumbres civiles son las mismas que antes se han mencionado respecto de las del derecho llamado público. Á partir del siglo XI, los fueros van consignando, cada vez más, particularidades de derecho civil, hasta llegar á las compilaciones voluminosas

de los fueros de Teruel y Cuenca y del fuero ú ordenanzas de Salamanca. Pero no basta esto. Hay que acudir á los pleitos, á los documentos privados, á las colecciones del género del *Fuero Viejo*, las *Leyes del Estilo* y las *Leyes nuevas*, á las glosas marginales de algunos códices de las *Partidas* y el *Fuero Juzgo* y, en fin, á la literatura, para reconstruir (y no por completo) el cuadro de la vida jurídica consuetudinaria de aquellos siglos. Y si nos fijamos especialmente en regiones no castellanas, como v. gr. Aragón y Cataluña, encontraremos, no sólo compilaciones estrictamente consuetudinarias (las *Observancias*) y códigos municipales cuyo fondo principal son costumbres anteriores que pasan á escritas (v. gr. en Lérida, en Tortosa, en Gerona, en la baylía de Mirabel, en el condado de Ampurias), sino también una gran masa de costumbres no recopiladas, que es preciso buscar en documentos sueltos, públicos y privados.

La reunión de toda esa masa de costumbres, iniciada por Martínez Marina y continuada (en lo referente á Galicia y León particularmente) por Muñoz y Romero, ha recibido un enorme impulso por los estudios generales de Costa, que abrazan todas las regiones, aunque no todos los asuntos civiles, y por los de Hinojosa, que se refieren en particular á Castilla (1) y á Cataluña (2). De la gran cantidad de

(1) Monografía citada.

(2) En su libro citado sobre *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media.*

noticias así reunidas puede inducirse las que desaparecerían sin dejar rastro en documentos de ninguna especie, ó sufrirían modificaciones con las cuales han llegado á nuestro conocimiento. Pero todavía no puede decirse que se haya agotado el material accesible de esa vida consuetudinaria en la forma de supervivencias. No se han explorado todas las regiones de España, y puede afirmarse desde ahora que, cuanto más apartadas de las vías ordinarias de comunicación estén y más difíciles de visitar sean (territorios montañosos de Teruel, de León, de Andalucía y Extremadura, Hurdes, etc.), tanta mayor riqueza de instituciones consuetudinarias han de atesorar.

Autorizan á pensar así, no sólo el hecho constante de que las formas tradicionales de vida perduran tanto mejor cuanto menos expuestas se hallan al contacto de las corrientes uniformadoras modernas y de las innovaciones, y que el mismo hecho se produjo ya en la época de la romanización, sino también los resultados obtenidos en investigaciones recientes relativas á las supervivencias de lenguaje (1). Y aun puede añadirse á esto que en las mismas regiones exploradas ya por el Sr. Costa y sus imitadores y discípulos cabe hallar, ahondando, nuevas noticias de

---

(1) Vid. el *Rapport* de la misión de M. J. Saroïhandy para estudiar el aragonés medioeval subsistente en muchas localidades del Pirineo español. (*Annuaire de l'Ecole pratique des hautes études*, París, 1898 y 1901).

importancia. Así dan pie á presumirlo algunos de los resultados (v. gr., respecto de Asturias) obtenidos en su reciente Información sociológica por el Ateneo de Madrid.

4.—Asombra un poco que hayan podido conservarse hasta nuestros días muchas de esas costumbres que perpetúan los caracteres medioevales (y á veces quizá anteriores), con más ó menos pureza, al través del larguísimo período de centralización, de absolutismo real y de prurito legislativo que desde el siglo XV toma caracteres agudos en toda la Península. Pero en ese asombro influye un prejuicio doble referente á nuestra historia nacional. Créese, por lo común, que el robustecimiento de la autoridad real y la pérdida de la antigua autonomía concejil mataron toda iniciativa y originalidad en la vida local y la uniformaron en todas partes.

No fué así, ni aun en Castilla. Por fortuna, lo que á los reyes importaba suprimir del municipio antiguo no era más que aquella parte política y administrativa que directamente se relacionaba con el poder central. En lo demás, no apretaron mucho, ni ellos ni los señores (á quienes por venta de la Corona volvieron no pocos pueblos), y en el orden del derecho civil muchísimo menos. Así es posible ver en pleno siglo XVI, en el XVII y en el XVIII prácticas concejiles —ya consignadas en las ordenanzas, ya propiamente consuetudinarias, —que varían según las localidades y acusan un fondo de autonomía

persistente Si á esto se añaden los casos—seguramente muy numerosos, especialmente en los distritos de la montaña,—de pueblos que no hicieron caso de la ley ó aparentaron tan sólo cumplirla cuando contradecía sus costumbres, se tendrá la explicación de ese hecho, que convierte en algo más variado y heterogéneo de lo que comúnmente se cree el espectáculo de la vida jurídica española, aun en las regiones y tiempos de mayor unificación legal.

Por otro lado, en el siglo XVIII se observa un movimiento—de parte de los políticos y de los hombres de estudio—favorable á la conservación ó restauración de las prácticas consuetudinarias en ciertos órdenes del Derecho. Así se desprende de algunos datos que expone el Sr. Costa en su *Colectivismo agrario* (1); y algunos más pudieran hallarse registrando las fuentes.

Más tarde, en pleno siglo XIX, las leyes desamortizadoras dieron ocasión á que saliesen á la plaza muchos casos ignorados de costumbres referentes á la propiedad y aprovechamiento del suelo, que no era fácil presumir guiándose por las leyes de la Novísima y las Partidas. Varios de esos hechos recogí yo hace años en mi *Historia de la Propiedad comunal* (2); y otros más habían salido ó salieron luego á luz por los estudios de los Sres. Azcárate, Webster, Costa, etc.

---

(1) Madrid, 1890.

(2) Vid. págs. 119, 141, 147, 149-150 y otras.

Nuestro Código civil vigente admite la costumbre que no se opone á la ley y á ella alude en varios artículos; pero prohibe expresamente la que contradiga el precepto legal (art. 5.º). Sin embargo, la costumbre contra ley subsiste; y no sólo en la forma de esas corruptelas que el egoísmo, la pereza, la mala fe y otras causas introducen siempre en el cumplimiento de las reglas que el Estado dicta, sino en la de instituciones tradicionales que, ó no tienen sitio en el Código ó, si tratasen de encajar en él, morirían ahogadas. Basta comparar los casos variadísimos de propiedad comunal que refiere el Sr. Costa, con el título que el Código dedica á la Comunidad de bienes (tít. III, lib. II), tan mezquino de concepto y de horizontes, aunque en otros lugares del Código y en la ley Municipal pudieran haberse hallado ideas para hacer más flexible y menos romanista aquel título.

Pero una vez más los resultados de la investigación histórica vienen á refluir sobre los problemas presentes y á devolver la confianza en soluciones racionales. El gran número de supervivencias consuetudinarias que hoy conocemos, nos dice que el espíritu colectivo no ha perdido la fuerza de su espontaneidad, y que está dispuesto á seguir proveyendo por sí propio á sus necesidades jurídicas y perpetuando el carácter acentuadamente consuetudinario que tiene la historia del Derecho español. Basta ver que los datos reunidos por los diferentes autores citados comprenden los siguientes asuntos: formas

de matrimonio y de familia; bienes familiares y conyugales; Consejo de familia; adopciones (de tipo muy original y arcaico en Aragón, v. gr.); arrendamientos de ganados; usos y aprovechamientos de montes, bosques, tierras labrantías y lugares de pesca (mar, lagunas, etc.); seguros y crédito agrícolas; trabajo en común; beneficencia privada; espigueos, rebuscas y derrotas; arrendamientos hereditarios; distribución, reparto y venta de aguas de riego; pastoreo; policía rural; notariado; obras públicas; monopolios municipales; municipios de tipo antiguo; jornada de trabajo consuetudinaria; contratos de trabajo y muchos otros: en suma, todo el Derecho civil y casi todo el político y administrativo en lo que se refiere á la vida local.

VI

Estado actual del estudio de las fuentes en la historia del Derecho español.

1.—La historia del Derecho español—como la historia total de nuestro pueblo—ha vivido por muchos años mezclada con errores y leyendas é interrumpida con vacíos que malamente quisieron rellenar algunos autores con el cascote de generalidades vagas y sin fundamento serio.

El trabajo ímprobo y constante de unos cuantos investigadores – á partir de Martínez Marina y Burriel,—y muy especialmente de los que con mayores medios y cultura general histórica más completa continuaron aquella labor en la segunda mitad del siglo XIX, ha modificado en gran parte esa deplorable situación de nuestros estudios histórico-jurídicos. Algunos de esos investigadores son extranjeros y su colaboración se ha ejercitado especialmente en

lo relativo á los períodos romano y visigodo, por ser el primero un episodio (aunque con notas originales) de la historia del Derecho romano y relacionarse el segundo con la de los pueblos germánicos; merced á lo cual han solicitado la atención de los romanistas y germanistas alemanes, italianos y franceses. Los investigadores españoles, además de contribuir al estudio de la época visigoda (García, Pérez Pujol, Hinojosa, Fernández-Guerra) y de renovar por completo el conocimiento de los tiempos primitivos (Costa), se han dedicado preferentemente al estudio de los siglos de la Reconquista, ya por ser materia más genuinamente *española*, ya por moverles á ello el interés regional de las particularidades medioevales y también por la fuerza del ejemplo de Flórez, Burriel, Asso, Martínez Marina, Yanguas y otros eruditos del siglo XVIII y comienzos del XIX. En cambio, se da el caso curiosísimo de que, cuanto más nos acercamos á los tiempos presentes, más obscuro y vago es el saber positivo de nuestra historia jurídica, por haber arrastrado á los más de los autores el encanto de los hechos pasionales de la política y de las luchas religiosas. Descontando este atraso en el conocimiento de la Edad Moderna—y de los últimos tiempos de la Media,—debe notarse que el progreso logrado en lo referente á los demás períodos no ha transcendido todavía á las obras que suelen llamarse doctrinales, á los libros dedicados al gran público y menos á los de uso escolar, salvo el del Sr. Hinojosa, desgraciadamente incompleto. Por

el contrario, los antiguos errores, las tradicionales vaguedades y los vacíos frecuentes (acerca de los cuales ni siquiera se llama la atención del lector) perduran en esos manuales, compilaciones y síntesis, que son las fuentes utilizadas á cada paso por la generalidad del público y aun por los historiadores no especialistas, que les otorgan una fe superior á sus merecimientos ó á su actual valor científico. El efecto de esta falsa orientación se nota particularmente en los libros extranjeros referentes á España. Por lo común, los hispanistas se dedican á la historia literaria y á la externa política y militar. En lo propiamente jurídico, sus guías suelen ser Marichalar y Manrique, Antequera y otros autores semejantes. Claro es que de ello la culpa principal es nuestra, puesto que á nosotros es á quien corresponde esclarecer la historia y llevar al día sus progresos. Lo primero pide una revisión total, rigurosamente crítica, del saber adquirido y de las afirmaciones que, repetidas de autor en autor, han pasado sin prueba bastante á la categoría de sentencias firmes. Lo segundo exige tan sólo una buena información de la literatura histórica moderna y una dosis mediana de sinceridad.

Pero antes de llegar á la revisión concreta de las noticias adquiridas, asunto por asunto, hay varias cuestiones generales que conviene plantear, porque de su visión clara depende en gran parte el giro de las investigaciones futuras. Los párrafos que siguen llevan ese propósito con relación á un problema fun-

dimental de los que más influyen en la orientación científica y en el juicio vulgar de nuestra historia del Derecho. El asunto á que se refiere es de aquéllos en que más interesa desvanecer prejuicios tradicionales y rectificar el sentido de quienes han de ser luego investigadores ó han de aplicar constantemente á los negocios y cuestiones de la vida diaria los conceptos adquiridos por reflejo de una ciencia tanto más peligrosa en sus manos, cuanto que no contribuyen activamente á su elaboración. Aunque el examen que vamos á hacer da en primer término un resultado negativo, revelador de errores ó de obscuridad completa en nuestro saber actual, la tarea tiene sus provechos indudables.

2.—Aun limitándonos á la historia legislativa—y dejando á un lado, tanto la cuestión de la eficacia real que en cada tiempo han tenido las leyes, como la gran masa de Derecho consuetudinario que en todas las épocas parece formar una de las características del pueblo español,—nos encontramos desde luego con que está por hacer la publicación completa de las fuentes. Los que suelen llamarse *Códigos antiguos de España*, de que existen varias ediciones (con ó sin comentarios y estudios críticos), ni están depurados para el servicio de la historia, ni, aun suponiendo que todos los comprendidos bajo aquel nombre sean auténticos y pertenezcan efectivamente á la legislación española (el Fuero Viejo de Castilla v. gr., no se halla en este caso), representan todas las *fuen-*

tes de ese orden, sino *una parte*, y no siempre la de más importancia (1).

Veamos concretamente algunos casos. El *Fuero Juzgo* en castellano—es decir, el Fuero Juzgo tal como regía en el siglo XIII, amoldado á las condiciones de la época,—tuvo variantes locales que es indispensable conocer y que no figuran en las ediciones actuales, hechas con un fin puramente lingüístico ó práctico (para abogados). Lo mismo sucede con el *Fuero Real* de Alfonso X, que no tuvo vigencia común en Castilla más que como ley aplicable en las apelaciones ante el Tribunal regio, y en lo restante sólo valió como fuero municipal, con modificaciones notables en los varios textos que existen y de las que no da idea alguna el *texto único* que todo el mundo maneja y que sirve para deducir conclusiones. *El Ordenamiento de Alcalá* no es un Código, sino uno de tantos documentos legislativos como salieron de las Cortes castellanas de los siglos XIII y XIV y que—aparte la ley primera, art. 28, relativa á la fijación de fuentes legales—no debe, probablemente, la distinción de que goza más que al hecho de haber sido publicado por Asso y De Manuel en época (1774) en que se hallaban inéditas todas las demás actas de Cortes. Verdad es que éstas han sido ya publicadas en gran parte (2); pero ni sus resulta-

(1) Y sin embargo, algunos autores no parecen entender por legislación más que esos elementos.

(2) *Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla* é *Introducción á las Cortes* etc., *Cortes de los antiguos Reinos de*

dos se han incorporado todavía á las exposiciones corrientes de historia del Derecho en la forma que corresponde (y las más de las veces de ningún modo), ni menos se ha hecho el estudio necesario para depurar, en la sucesión de leyes revocatorias ó modificativas de otras anteriores, cuál ha sido el verdadero proceso de la legislación.

Ideas más equivocadas todavía hay en punto á las llamadas Ordenanzas Reales de Castilla, ú Ordenamiento del Dr. Montalvo. Importa poco que la colección fuese hecha ó no por orden de los Reyes Católicos y autorizada ó no por éstos; pero pretender que sirva (como ha servido á muchos historiadores) para formarse idea del cuadro de instituciones *legales* vigentes en la época de su publicación, es un error imperdonable. El Ordenamiento es una colección muy heterogénea y sin plan seguro. Comprende indistintamente ordenamientos de Cortes (desde las de Alcalá de 1348), disposiciones varias de los Reyes á partir de Alfonso X (Reales cédulas, pragmáticas, albalaes, etc.) y leyes sueltas tomadas de otras fuentes legales anteriores, sin que en ninguno de estos grupos agote, ni mucho menos, la materia: de modo, que ni puede ser considerado como colección de leyes de Cortes, ni como repertorio de diplomas, ni como recopilación de los residuos vigentes

---

Aragón y de Valencia y Principado de Cataluña. (Publicaciones de la Academia de la Historia.) *Colección de actas de las Cortes de Castilla.* (Publicación del Congreso de los Diputados.)

dejados por otros elementos legislativos. Cualquiera de los reinados castellanos del siglo XIII, del XIV ó del XV, suministraría seguramente un caudal mucho mayor de ordenamientos y diplomas del que, para un período casi de tres siglos, ofrece la obra de Montalvo.

Y precisamente en eso que falta en ella—y, sobre todo, en los ordenamientos ó actas de Cortes y en las disposiciones emanadas directamente de los Reyes—es donde reside gran parte de lo substancial de la historia del Derecho, no sólo desde Alfonso X, sino desde mucho antes, como lo comprueban todos los estudios monográficos hechos modernamente por Muñoz y Romero, Hinojosa, Balari y otros; con la circunstancia desgraciada de que no existe una sola colección general de diplomas castellanos ordenada conforme á las necesidades de la historia, ni siquiera colecciones regionales que puedan servir para un fácil manejo y consulta; en lo cual probablemente estriba que no se utilice esa fuente tanto como fuera preciso. Pero conviene repetir que hasta que los historiadores no concedan á los diplomas, especialmente los de los siglos XIII, XIV y XV, tanta ó más importancia que á los *Códigos* como el Fuero Juzgo y el Real y á las otras disposiciones de distinto carácter que forman el índice de las fuentes vulgares, seguirá desconociéndose en sus movimientos más íntimos el proceso de transformación secular de nuestro Derecho legislado (1).

---

(1) La importancia que tiene, v. gr., la colección diplo-

Volviendo al Ordenamiento de Montalvo, hay que añadir que tampoco tiene más que un valor muy relativo como fuente para el reinado de los Reyes Católicos, pues está lejos de contener todas las disposiciones legales dictadas en este tiempo. Además, en el Ordenamiento hay leyes repetidas, otras de texto viciado y alguna cuya atribución es insegura.

Cosa análoga ocurre con las Recopilaciones llamadas *Nueva* (1567) y *Novísima* (1805). Aparte de que ni una ni otra contienen todo lo que su título parece indicar, debe notarse que la primera tuvo *diez* ediciones desde la inicial de 1567 á la de 1777, y que, para apreciar las vicisitudes de la legislación (ó de una parte de ella) en estos dos siglos, hay que estudiar comparativamente todas las ediciones, que no son idénticas ni mucho menos; á pesar de lo cual no suele manejarse, para las investigaciones corrientes, más que el texto de una de ellas, que, desde luego, no señala las variantes de edición á edición. El hecho se explica porque las reimpresiones modernas se han hecho para uso del foro y no para los trabajos de historia.

Y prescindimos, para no alargar demasiado estos ejemplos, de los fueros municipales, respecto de los que la colección iniciada por Muñoz y Romero no

---

mática de Alfonso XI ha sido evidenciada por el Sr. Catalina y García en el prólogo al tomo I de su libro *Castilla y León durante los reinados de Pedro I, Enrique II, Juan I y Enrique III.*

sólo es incompleta, sino defectuosa en parte; y de la legislación de los territorios no castellanos, muy embrollada todavía para el historiador (1).

Podemos, pues, concretar nuestra cuestión en este punto diciendo que la exigencia primera que se nos impone para conocer la historia del Derecho español en uno de sus aspectos (el Derecho legislado) es publicar ediciones críticas de todas las fuentes legales, y que mientras esto no se haga y no quepa determinar con exactitud los numerosos elementos que forman la trama compleja de nuestra legislación, señalando las vicisitudes y variantes locales ó temporales de cada uno, toda conclusión de carácter general será precipitada y prematura; y por tanto, que muchas de las formuladas hasta ahora deben considerarse, científicamente, en estado de revisión.

3.—Entre ellas hay una que por su importancia, y por lo ligada que está á las consideraciones precedentes, creo necesario examinar aquí. Me refiero al proceso de unificación de las leyes castellanas hasta el siglo XVI y, más tarde, de las españolas todas. La teoría generalmente recibida consiste en su-

(1) Como ejemplos de trabajos de depuración de fuentes, que señalan bien el camino que es necesario emprender, véanse las siguientes monografías: *Las ediciones de los fueros y observancias del Reino de Aragón anteriores á la compilación de 1547*, por D. Rafael de Ureña (Madrid, 1900) y *Génesis del Derecho foral de Valencia*, por D. Roque Chabás (Valencia, 1902.)

poner que, á partir del siglo XIII, hay un movimiento unificador que se dirige á producir un Código completo, cuyo tipo sería *Las Partidas*, para imponerlo como ley común á todos los territorios; y por eso se suele llamar este período de unidad ó de fueros generales. Ambas cosas son equivocadas. El esfuerzo secular de la Monarquía castellana es más bien *centralizador* de las funciones políticas que uniformador de la legislación, eminentemnnte local, particularista y privilegiada de la Edad Media. Desde el siglo VIII al XIII no se publica un solo Código general. Los pretendidos trabajos unificadores de Fernando III pertenecen á la leyenda. Por lo que toca á D. Alfonso X, y cualquiera que fuese su *intención* al ordenar la enciclopedia romanista y canonista de *Las Partidas*, lo único positivo que puede invocarse es la publicación del *Fuero Real* como ley única en las apelaciones ante el Tribunal regio; y aun en este Tribunal, el hecho de hallarse formado por alcaldes de las distintas regiones castellanas (reglamentos de Alfonso X y de Enrique II, v. gr.) hace suponer que se apreciarían en la vista de los pleitos y causas algunas de las particularidades regionales ó locales. Las Partidas sabido es que no lograron categoría de ley (y ley supletoria) hasta 1348, y en cuanto al Fuero Real, rigió como municipal, con variantes notables, en muchos pueblos de Castilla y Extremadura. Por último, llamar Códigos al Ordenamiento de Alcalá (que abraza sólo algunas cuestiones legales), al de Montalvo y á las Leyes de Toro (que son otro

Ordenamiento), es verdaderamente ridículo; á más de que ninguno de estos cuerpos legales deroga la vigencia de los anteriores sino en los limitados puntos concretos que abrazan, ni invalida la fuerza local de los fueros municipales que el propio Alfonso X y sus sucesores continuaron dando y confirmando en gran número (más de 226 desde 1252 á fines del siglo XV), como así lo reconocen leyes de la de Alcalá y de Toro.

Existía, sin embargo, un proceso de unificación en las leyes castellanas, no representado por la publicación de Códigos ni fueros generales, sino por dos movimientos paralelos que paulatinamente fueron produciendo modificaciones concretas del Derecho antiguo y la formulación de preceptos nuevos de carácter general. El primero de estos movimientos se expresa en las leyes de Cortes, muchas de las cuales son realmente generales (otras no), y en las cédulas, órdenes, pragmáticas, etc., de los reyes; el segundo obedece á la penetración del sentido romanista en los tribunales (por obra de los letrados ó jurisconsultos convertidos en jueces y abogados), la cual iba produciendo una unificación de criterio en la jurisprudencia, análoga á la que durante el imperio romano quebrantó la primitiva subsistencia de la costumbre provincial. Esos son los dos elementos que hay que estudiar—y que no se han estudiado todavía—para apreciar el avance de la corriente unificadora al través del particularismo (formalmente mantenido hasta el siglo XIX) de los fueros y de los

privilegios (1). El trabajo que en este punto debe plantearse como una exigencia científica, inexcusable, es el inventario y determinación de todas las disposiciones de alcance común que, á partir de los primeros Concilios de Oviedo y de León y de los primeros diplomas, van dictando reglas obligatorias para todos, y su comparación con lo que respecto de los mismos asuntos preceptúan ó conceden el Fuero Juzgo (ley común primitiva y muy quebrantada andando el tiempo), los fueros municipales, etc., para ver en qué cosas se va realmente modificando ó derogando paso á paso la legislación. La importancia de este trabajo es tanto mayor cuanto que hay do-

(1) Es interesante notar, á este propósito, que el Ordenamiento de Alcalá, en su ley 1.ª del tít. 18, sienta un principio que hasta entonces no se había formulado explícitamente (recuérdese que las Partidas reducen las notas de la soberanía regia á la justicia, moneda fonsadera y suos yantares), aunque sí se había practicado de continuo; á saber: que sobre el Fuero Juzgo, el Real y los municipales estaban siempre, no sólo como supletorias, sino también como derogatorias, las leyes generales dadas por los Reyes en Cortes ó fuera de ellas; con lo cual se indicaba ya lo precario de los privilegios locales. Pero choca que el rey no mencione también todas las leyes anteriores al Ordenamiento, de las cuales sabemos que habían ido modificando, ó derogando, muchos extremos de los fueros, y entre cuyos preceptos y los del Ordenamiento no existía incompatibilidad, por lo común. Este olvido lo subsanó la ley 1.ª de Toro que, en lo demás, copia la de Alcalá. Al reproducir la Nueva y la Novísima Recopilación el texto de la ley de Toro, lo modifican algo en este punto, y no con gran acierto.

cumentos legales de aquel carácter que no se reflejan en las fuentes de ordinario conocidas y manejadas, no obstante representar cambios de una trascendencia grande: v. gr., en punto á la liberación de las clases serviles. Por otra parte, se vería que, á pesar del gran crédito de las Partidas, la legislación desde Alfonso X á las leyes de Toro exclusive, no aparece modificada en cuanto al Derecho civil sino en pocos puntos relativamente, y que, por tanto, hay que buscar en otros elementos la comprobación de la positiva superioridad que en la vida jurídica conquistaron el romanismo y el Derecho canónico.

Bien claramente se expresa esto en la pragmática promulgatoria de las Leyes de Toro, indicando que no es en la legislación, sino en la jurisprudencia, es decir, en los pleitos y causas, donde hay que ir á buscar principalmente la verdadera evolución histórica de la vida jurídica ó, á lo menos, una parte fundamental de ella; y las mismas leyes citadas revelan, en aquellas de sus disposiciones que resueltamente deciden los conflictos de interpretación á favor del sentido romanista ó canónico, que son puro resultado de un movimiento que, probablemente, excedía en su alcance práctico de lo que la misma legislación le reconocía. El caso de la dote romana parece autorizar esta presunción. Sin duda, la jurisprudencia de los tribunales castellanos de los siglos medios ha sido utilizada ya alguna vez para las investigaciones históricas, tanto en la forma de las *fazañas*, como en la de las sentencias de otro

género; pero no en toda la medida que es necesario, ni dándole toda la importancia que realmente tuvo, y no sólo en la época de la lucha entre el romanismo y el Derecho tradicional, sino antes, desde los primeros siglos de la Reconquista, como revelan los estudios de Muñoz y, sobre todo, los de Barrau Dihigo.

El proceso es todavía más complejo y curioso en los siglos XVI y XVII, porque abraza también en gran parte la unificación de las leyes de territorios no castellanos. Sabido es que los llamados Fueros—es decir, la autonomía legislativa—de Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca no sufrieron derogación (y entonces sólo en parte) hasta Felipe V; pero antes de esto, una revisión cuidadosa de los decretos y autos que forman la *Nueva* y la *Novísima* daría seguramente la prueba de un adelanto notable, aunque callado é inadvertido, en la unificación (1), que no fué simplemente, como algunos dicen, un proceso de *castellanización* de toda la Península, sino resultado, perfectamente natural dentro de la historia (la de toda Europa), de las nuevas ideas jurídicas que,

---

(1) Por no entenderlo así y por desconocer también el complejo movimiento legislativo que supone la masa de cédulas, pragmáticas, acuerdos de Cortes, etc., de los siglos XVI, XVII y XVIII, pudo decir Antequera, en la tercera edición de su *Historia*, que el período que empieza en los Reyes Católicos es «menos interesante (que el anterior) para la Historia legal», aunque «lo es, sin embargo, mucho para la Historia política» (!).

dado el concepto de la soberanía monárquica triunfante desde los Reyes Católicos y la circunstancia de existir un solo rey para toda España desde Carlos I, tendían á traducirse en preceptos comunes, derogatorios, en la misma Castilla, del antiguo particularismo. Sólo que, lo que en Castilla vulneraba y modificaba autarquías puramente locales ó de clase, en los demás Estados reunidos bajo un mismo cetro solíá afectar á legislaciones de aplicación mucho más extensa.

En esos decretos y autos de las Recopilaciones hay que buscar también el positivo entronizamiento del romanismo en el Derecho civil, en proporción mucho mayor que el que revelan las Leyes de Toro y la derogación implícita, casi absoluta, de todos los privilegios de Derecho público de la legislación municipal y de muchos de los que señalaban en la Edad Media las divisiones de clases sociales y la dependencia en que los individuos de unas solían estar respecto de los de otras; así como el examen de las escrituras de enajenación de pueblos realengos hechas por la Corona, sobre todo en los siglos XVI y XVII, revelaría cierto retroceso en este orden y en el de la centralización política.

El proceso no fué, ciertamente, lento en este período; pero se produjo fragmentariamente, tocando hoy un asunto, mañana otro, variando pormenores, creando organismos nuevos, pero sin una formal derogación de las leyes antiguas, respctándolas aparentemente y dejándolas en rigores reducidas á la

condición de puros cuerpos esqueléticos, sin carne propia; cumpliéndose así la obra unificadora de una manera parecida á como en Inglaterra se han cumplido las grandes reformas constitucionales. Por esto —y aunque todavía en 1805 la *Novísima* repetía (ley 3.ª, título 2.º del libro III) el tenor de las leyes tercera, tít. 28 del Ordenamiento de Alcalá, y primera de Toro, en cuanto al reconocimiento de la vigencia de los fueros en lo que no contradijesen á las leyes posteriores, y aunque durante buena parte del siglo XIX se han admitido en algunos pleitos el Fuero Juzgo, el Real y los municipales—en rigor, y en las más de las cosas, la unificación estaba hecha ya: salvo el Derecho civil de Aragón y Cataluña y varias particularidades forales de Navarra y las Vascongadas. La obra del siglo XIX ha consistido, pues, propiamente, no en *unificar* (tarea que ya estaba casi enteramente cumplida), sino en sustituir la legislación anterior por otra basada en las ideas modernas (Derecho constitucional, Derecho penal, de comercio, etc.) y en *codificar*, es decir, unificar *en la forma*, que es lo que no se había hecho antes.

Pero todo este proceso que acabamos de trazar en sus líneas generales repetimos que no ha sido estudiado aún en su detalle histórico. Tal es la obra que toca hacer á los futuros investigadores, para sacar nuestra historia del Derecho del estado de vaguedad en que se halla y purgarla de muchos errores que se van haciendo tradicionales en los libros al uso.

VII

Cuestiones de metodología.

I.—ORGANIZACIÓN PRÁCTICA DE UN CURSO DE HISTORIA DE DERECHO

Los tratadistas de metodología histórica están conformes en afirmar que todo lo que no sea poner al alumno en contacto con la misma realidad histórica y adiestrarlo, ó iniciarlo al menos, en el trabajo de investigación, es tarea perdida, que reduce la obra escolar al viejo procedimiento memorista, bueno para repetir nombres y fechas, pero absolutamente inútil para que el alumno forme sentido de los hechos humanos, del proceso de su desarrollo y de la manera de formar críticamente su conocimiento.

Aplicados estos principios á la historia del Derecho, se traducen en que el alumno, en vez de *oir explicar* al profesor (ó de *leer* en un libro) lo que son, v. gr., la *Lex Romana Visigothorum* ó el *Fuero Real*, vea por sí mismo estos documentos legales, los

analice, los compare entre sí, llegüe intuitivamente á caracterizarlos y á distinguirlos uno de otro y, á la vez, vaya iniciándose en los procedimientos de trabajo personal.

Pero, las más de las veces, resultan inaplicables estos principios en los cursos universitarios. En España tropezamos desde luego con que nuestros bachilleres, con raras excepciones, no saben latín bastante para traducir la Ley municipal de Osuna ó el *Fuero Juzgo* de Recesvinto y Ervigio (no el romanceado, de que con error se sirven muchos para estudiar la legislación visigoda). Lo mismo ocurre con los documentos latinos de la Reconquista y con los primeros fueros municipales. Quedan como recurso los documentos castellanos; pero si el romance es muy antiguo, tampoco lo pueden leer sin tropiezos los más de los alumnos. El mismo carácter *profesional* que quiere darse (en España y en otros países, aunque, por lo común, sólo se logra esto teóricamente) á la Facultad de Derecho, como escuela de abogados, se opone á introducir el método realista ó «experimental»; caso aparte de que no faltan autores que, aun en los mismos cursos de la Facultad de Letras, se pronuncian por llevar esta función á los seminarios, dejando las clases ordinarias con la tradicional conferencia ó lección del profesor, por creer imposible organizar de toda otra clase de trabajo (1).

(1) V. en mi libro *La enseñanza de la Historia*, 2.ª edi-

Mi práctica universitaria me ha llevado á reconocer que muchos de estos temores son infundados, y que aun en España, y con la falta de preparación que va indicada en los alumnos, es posible organizar los cursos de una manera científica, con la condición de que no sea muy grande el número de los asistentes á ellos. Todo se reduce á utilizar las circunstancias favorables, sacando partido de las excepciones (que no suelen faltar) y de la buena voluntad y perspicacia de algunos discípulos. A título de experiencia me ha parecido que quizá no sería inútil exponer aquí los procedimientos que aplico para llevar, en lo posible, á mi cátedra ordinaria, el sentido de las enseñanzas de seminario.

Desde que en 1897 comencé á explicar en la Universidad de Oviedo la Historia del Derecho español, no ha pasado ningún año escolar sin que se leyeran y analizaran en clase textos jurídicos correspondientes á la mayoría de los períodos de nuestra historia. Cuando menos, he encontrado *un* alumno (entre 22 ó 25, que suele ser el número ordinario de los matriculados y oyentes) que sepa latín, y á ése le he encargado traducciones y análisis que los demás escuchan y yo voy comentando ó corrigiendo. Los fueros municipales romanceados los hago leer á todos los alumnos (uno á cada uno), ayudándoles con glosarios de voces antiguas y, naturalmente, con

---

ción, Madrid, 1895, las págs. 23, 433 y otras en que se alude á estas opiniones.

mis observaciones. Por último, cuando llega á faltar personal competente ó no es posible cargar mayor trabajo á los alumnos, yo mismo leo, traduzco y comento los textos relacionados con las cuestiones históricas planteadas

Así—y tomando como ejemplo los dos cursos últimos y lo que va corrido del presente— mis discípulos han examinado por sí mismos los siguientes documentos: Leyes municipales de Osuna, Málaga y Salpensa (ediciones de Hübner y del Museo Español de Antigüedades); tesseras de hospitalidad y patronato (Berlanga); nuevo bronce de Itálica (Berlanga); decreto de L. E. Paulo (Cagnat); Leyes antiguas de los visigodos (Zeumer y Gaudenzi); *Lex Romana Visigothorum* (Haenel); Fuero Juzgo; Donaciones y Fueros de los siglos VIII, IX y X (Muñoz Romero), y los de León, Oviedo, Cuenca, Agüero, Sahagún, Avilés, Villavicencio, Lugo, Madrid, Toledo, Palma, Brihuega, Salamanca y otros; Privilegio de los Veinte, de Zaragoza (edición Sanz); actas de Concilios y Cortes de Coyanza, León y Benavente; Fuero Real; Leyes de los Adelantados; Partidas (tercera y cuarta); Ordenamiento de Alcalá y Leyes de Toro; Nueva y Novísima Recopilación (parte de Derecho civil y político). Han hecho, además, resúmenes de Estrabón (libro III, traducido), Cagnat (algunos capítulos del *Cours d'épigraphie latine*), D'Arbois (estudio sobre *El duelo judicial entre los celtiberos*), Muñoz Rivero (*Historia de la escritura en España)*, Dahn (*Historia de los pueblos germánicos y romanos)*, Tácito (*De*

moribus germanorum), Ihering *(Prehistoria de los indoeuropeos)*, Blancas *(Forma de celebrar Cortes en Aragón)* y un examen comparativo de textos de fazañas y albedríos (en Fuero Viejo y Partidas). Por mi parte, les he leído fragmentos de Herodoto, Pérez Pujol, Monod y otros historiadores; de la Crónica compostelana y la Historia de Sahagún; de las *Leges visigothorum antiquiores* (ed. Zeumer), y los de la Vallicelliana (Gaudenzi); donaciones y fueros primitivos (Obona, Valpuesta, Oviedo, etc., según la edición de Muñoz Romero), comparándolos entre sí y para hacer ver el nacimiento del *concilium;* trozos del *Poema del Cid* (según el estudio de Hinojosa), etc. Debo advertir que el vastísimo contenido de la historia del Derecho español no permite que cada año se estudien con igual amplitud todos sus períodos y divisiones. La práctica que yo sigo consiste en estudiar intensamente, en cada curso, una parte de la historia, refiriendo á ella los más de los trabajos prácticos; y respecto de las otras, explicar en conferencias las líneas generales de su desarrollo. En el turno monográfico de materias, hemos empezado ya el Derecho especial de Aragón, pero no los de Cataluña, Valencia y demás regiones no castellanas, y por eso no figuran, en la lista de trabajos sobre las fuentes, textos referentes á ellas.

En el presente año (1902-1903) he introducido una novedad por lo que toca al curso general sistemático, novedad consistente en hacerlo en forma concéntrica, empezando por una exposición muy ele-

mental y sumaria de los hechos fundamentales desde el punto de vista de las diferentes influencias y direcciones que se manifiestan en la historia de nuestro Derecho (una lección), y detallando después, en revisiones sucesivas completas de toda la historia, lo correspondiente á cada período, hasta el máximum de pormenor compatible con el carácter y duración del curso. Me atrevo á creer que los alumnos han obtenido así mayor fruto de mis lecciones y han podido proceder con un sentido más exacto de su significación al estudio particular de los textos.

También me he decidido en el curso actual á ensayar un verdadero trabajo de investigación hecho en común con los alumnos. Ellos mismos han escogido el tema: *Carácter y procedimientos de la Inquisición en España*, punto que hemos estudiado tomando por base el conocido libro de Lea y contrastándolo y completándolo con otros (Schäfer, Llorente, los apologistas de comienzos del siglo XIX, Desdevisses, etc.), con algunos procesos originales y con las instrucciones dadas por varios inquisidores (Torquemada, Valdés, etc.).

Aparte de los trabajos referidos (que, naturalmente, se dificultan por la falta de ediciones críticas, *in usum scholarum*, de los documentos históricos de nuestro Derecho), en mis conferencias utilizo, ya los mapas (colección mural Vidal Lablache-Torres Campos y mapa mudo de España y Portugal, Torres Campos-Suzanne) que me permiten ir señalando los cambios de la geografía histórica, ya el encerado

(clasificaciones, cuadros sinópticos, nombres extranjeros, fragmentos de textos, etc.). El programa de estas conferencias lo redactan muchas veces los mismos alumnos *a posteriori*, es decir, después que desarrollo la materia de cada período.

En las lecciones de introducción (concepto de la historia del Derecho, fuentes, metodología, etc.), me sirvo, con provecho, del método socrático. Las de bibliografía general las he explicado en la biblioteca de la Facultad y en la general universitaria, teniendo á la vista y á la mano de los oyentes la mayoría de los libros á que me voy refiriendo. En cursos anteriores han redactado también resúmenes escritos de mis lecciones, que eran luego leídos en clase y allí corregidos y comentados. Les he hecho visitar el Museo de Antigüedades asturianas para que viesen inscripciones, monedas, calcos, pergaminos, etc., y en la cátedra hago circular á menudo fotografías, grabados y otras reproducciones de documentos antiguos. Se han ensayado también en la investigación directa de costumbres jurídicas actuales, recogiendo en varias localidades asturianas y leonesas noticias y observaciones con destino á la información folklórica y sociológica promovida por la sección de Ciencias Morales y Políticas del Ateneo de Madrid (curso de 1901-1902) (1). Por último, dos de los

(1) Una de estas monografías ha sido publicada en el volumen I de los *Anales de la Universidad de Oviedo*.—Oviedo. 1902

alumnos del curso de 1901 á 1902 comenzaron á formar el catálogo de los libros referentes á Historia del Derecho que existen en la Biblioteca universitaria, con la redacción de las oportunas papeletas bibliográficas, tarea que continuarán otros en el curso actual.

Muchos de estos trabajos tienen, naturalmente, un carácter elemental y de pura iniciación, si se comparan con las altas investigaciones que son posibles en las Universidades y en los seminarios extranjeros; pero aun así me atrevo á creer que pueden tener algún valor metodológico para futuros ensayos de organización de un curso de historia del Derecho con alumnos no especialmente preparados y dentro del régimen normal de una Facultad.

2.—LOS ABOGADOS Y LA HISTORIA DEL DERECHO

Ni el profesor, ni el filósofo del Derecho, ni el erudito viven, por lo general y como exigencia corriente de su trabajo, en íntima relación con el pueblo. Las más de las veces, por desgracia, sus ideas, sus doctrinas, sus juicios, sufren de una abstracción lamentable, faltos de la seguridad y certeza que da la observación inmediata de lo real. Para que perdieran ese carácter de teóricos que el vulgo, no sin cierta razón, les asigna, sería preciso un cambio radical en el método de investigación y en el método de enseñanza, según empieza ya á realizarse con la historia. La dificultad de este cambio, dada la tradición

opuesta y la resistencia pasiva y tenaz que es preciso vencer, no la saben más que los que por alguna parte han intentado llevar sus anhelos de reforma á estas esferas del pensamiento y del trabajo.

Pero los abogados no tienen que hacer esfuerzo mayor para abandonar el antiguo material de estudios y dirigirse hacia el nuevo.

Los fenómenos propios de la ciencia antropológica, en cuya esfera se mueve la del Derecho, se vienen á la mano todos los días en el bufete, tal vez más que en el estrado del juez; y, por de contado, decir el bufete quiere también decir la notaría y el registro, cuyo personal se recluta igualmente entre los abogados y cuya relación de intimidad con el pueblo es muy estrecha. Todo consiste en reflexionar y comprender lo que valen esos datos, á primera vista sin importancia para la vida del Derecho, pero en realidad los más esenciales.

En cada caso particular, en cada pretensión de Derecho, cláusula de contrato, interpretación de última voluntad, solicitación de divorcio, infracción de leyes, etc., se le muestran al abogado dos fenómenos jurídicos que nadie como él puede recoger y analizar. De una parte observa (es decir, puede observar) el modo cómo las disposiciones legales han sido recibidas y asimiladas por el pueblo, la manera que ha tenido de entenderlas y traducirlas y el acomodamiento que ha debido hacer entre su vida entera, sus costumbres, sus necesidades y la regla legal; puede espiar, paso á paso, la gradación con que

las ideas del legislador van entrando á ser parte del fondo común de ideas que tiene el pueblo, ó tal vez la refracción absoluta que éste opone, rebelándose, no en algaradas, sino en la lucha permanente y tranquila que consiste en sortear la ley, torcer su sentido poco á poco y abandonarla de hecho á un incumplimiento perfecto. Expresada así la conciencia social con toda la riqueza de matices que dan de sí los casos particulares, nadie como el abogado puede conocer lo que es el verdadero Derecho de la sociedad en que ejerce su profesión, esto es, el verdadero Derecho positivo, el que se vive, no el escrito en la ley que, muchas veces, sea justo ó no, es letra muerta.

Y aprendido este dato, sin el cual no hay juicio exacto posible sobre el estado jurídico de un país y las reformas que necesita, posee el abogado la base para formular cuál sea la conciencia del Derecho que el pueblo tiene. Porque, no sólo hay en las relaciones de este orden que al abogado se le presentan—especialmente en el Derecho civil—la expresión del grado en que la ley ha sido asimilada por los individuos y por el grupo, sino que en ellas se trasluce la Filosofía del Derecho del pueblo; es decir, el conjunto de ideas, sentimientos, tradiciones y juicios del fondo social iletrado acerca de la justicia, de la equidad, de las relaciones familiares, del organismo económico, etc. Tal vez sea este último punto el más interesante en las observaciones sobre la psicología jurídica popular; porque sin duda ha de hallarse en ellas un sentido, á veces poco preciso quizá, pero

muy profundo, de las relaciones de propiedad y del concepto mismo de este derecho, que señale el punto inicial de divergencia con el tono individualista y absoluto, á la romana, de las leyes modernas. Nadie, v. gr., como el labrador puede enseñarnos acerca de esa ley fundamental en toda la historia de la economía agraria: que la tierra es y debe ser de quien la cultiva y utiliza directamente.

La importancia de estos dos datos—cuál sea el verdadero derecho positivo y cuáles las ideas y sentimientos jurídicos del pueblo—no es preciso encarecerla. El olvido en que la ponen frecuentemente los políticos y los legisladores, y los trastornos que de aquí se siguen, son buena muestra de ello.

Pero aún hay datos de mayor interés (si cabe) en el campo de observación del abogado. En los múltiples hechos que á su experiencia se ofrecen, puede recoger, muy á menudo, dos nuevos elementos de vida, y por lo tanto, de historia jurídica: de una parte, las instituciones y costumbres antiguas de Derecho, olvidadas por la ley nueva unas veces, derogadas otras, pero mantenidas en la realidad, porque hacen falta: ya por no haberse creado otras que las reemplacen, ya porque su descomposición brusca traería una perturbación que los pueblos, naturalmente, se resisten á permitir. Tal ha sucedido, v gr., con ciertas costumbres comunales del Pirineo catalán, en conflicto con las leyes desamortizadoras. El inmediato observador de esto es el abogado; y con efecto, abogado fué quien hubo de advertir á los

funcionarios de la administración y á los jueces que, si la ley desamortizadora se realizaba, en muchos pueblos habría de venderse hasta el último palmo de terreno, porque no existía tierra alguna de *propiedad individual* (1). No hay que decir la trascendencia de semejantes hechos para la historia. La investigación de ellos, á nadie le resulta más fácil que al abogado y al notario; y cuando se trata de la vida local, de los derechos regionales, ¿hay otros con más condiciones que ellos para observarlos?

Tal como hoy empieza á entenderse la historia, los hechos de esta naturaleza son esenciales é irreemplazables: es preciso inventariarlos con sumo cuidado y provocar su declaración. No de otro modo han podido escribirse las monografías de verdadero interés para la historia de nuestro Derecho y su estado actual, que hoy poseemos; y á fe que vale cualquiera de ellas por todas las historias fabricadas sobre los meros textos legales y por todos los tratados de Derecho—civil ó administrativo, etc.—aderezados para el uso escolar. Resulta inmensa la superioridad de estos trabajos sobre las historias escritas á beneficio de una teoría, de una idea *pensada* meramente, en que la nota objetiva y realista falta en absoluto.

Junto con estos fenómenos de supervivencia, se le ofrece al abogado otro hecho de singular importancia y en el cual él mismo toma parte activa. Me refiero á la génesis del Derecho nuevo, que no se

(1) V. mi *Historia de la propiedad comunal*, cap. V

produce á plazo fijo y cuando el legislador cree por haber promulgado una ley, sino constantemente, á compás de las variaciones ó novedades que la rica complejidad del movimiento social origina. El abogado puede sorprender esta aparición en los primeros momentos de su vida externa, cuando no es aún asunto del derecho legislado ni de las peticiones parlamentarias, cuando ni siquiera el científico ha acogido el hecho para inducir su ley *natural*, cuando se muestra como aspiración y tanteo de un acto de la vida común á tomar una forma jurídica conforme con su naturaleza. Y entonces, si los individuos de una parte — los clientes — llevan el dato de la relación, nuda y genérica, para la cual no encuentran forma de Derecho constituído, el abogado llevará el esfuerzo para acomodar la ley vigente al hecho nuevo que lo reclama: lo cual es, ciertamente, un modo de crear Derecho y de modificar el que existe, trabajo en el que pueden observarse, con la claridad del caso más elemental, los factores de esa elaboración misteriosa de la vida jurídica en la conciencia del pueblo, á la cual todos contribuímos, aunque no siempre en proporción con el sitio que en el Estado oficial cada uno ocupa.

La ventaja que la observación del abogado (ó del notario) tiene sobre las observaciones posteriores, es que la hace en vivo, que tiene delante la posición original de las cuestiones, planteada del modo más sencillo posible. Cuando la cuestión sale del bufete del abogado y se agranda, adquiere una complejidad

cada vez mayor, que hace más difícil su estudio. No de otro modo los más complejos problemas sociales y filosóficos — los de pedagogía, los de lógica —tienen su primitivo y más fecundo campo de observación en la escuela primaria; porque nunca como en el niño su aparición es más elemental y su estudio más fácil.

Para las cuestiones fundamentales de la Filosofía del Derecho (cómo nace en nosotros la idea de ese término, qué valor tiene en el conocimiento precientífico, etc.), ha dicho un filósofo que la escuela podía dar documentos de psicología que no es posible encontrar en la observación de los alumnos universitarios, cuyas ideas son ya muy complejas y han sufrido el choque de doctrinas y enseñanzas más ó menos lógicas. Pues con referencia al pueblo, es decir, á la sociedad en general, iletrada pero interesada en el Derecho, nadie mejor que el abogado puede hacer su psicología; nadie tiene los materiales más á mano ni puede alcanzar mayor competencia. Si aprovecha los unos y la otra, alcanzará la ventaja que tiene siempre un político conocedor práctico de la administración y de las funciones administractivas sobre otro que no lleva á la lucha más que un programa ideal de organización. He aquí por qué las Facultades de Derecho, si necesitan una reforma para hacer objetiva y práctica su enseñanza, no deben nunca caer en la rutina de los practicones, sino elevar la cultura científica del abogado; porque si es cierto que á nadie como á él han de ofrecerse mejores y más abun-

dantes materiales para la observación sociológica, también es cierto que la mera presencia de los hechos ante un observador no da de sí el juicio y el aprovechamiento de la experiencia, si no acompaña la intención ideal, el *criterium* de la observación á que Claudio Bernard aludía. Sin una preparación de ese género, la colaboración que el abogado puede prestar al estudio de los problemas psicológicos é históricos del Derecho resultaría imposible. Y como esa colaboración es necesaria y no hay con qué sustituirla, el daño que de aquí resultaría no hay para qué encarecerlo.

Si hiciera falta completar estas indicaciones de carácter general con demostración concreta de la eficacia de ese concurso, bastaría citar, de un lado, los trabajos sobre Derecho consuetudinario español vigente á que hemos hecho antes referencia (1), muchos de los cuales son fruto de la observación de abogados, notarios y registradores; y de otro, las Memorias de los registradores de la propiedad que se archivan en el Ministerio de Gracia y Justicia y alguna vez se han publicado. En las publicadas abundan las indicaciones de especialidades de Derecho civil, y no sólo en las regiones forales (cosa que no podría extrañar), sino en las de tipo común y castellano en que es constante creer que la vida jurídica está uniformada por la acción dominante de las leyes (2).

---

(1) Cap. V.

(2) Véase la emuneración de estas especialidades en mi

Y juntamente con este resultado positivo, es posible advertir la influencia que en tales observaciones y su buen aprovechamiento ejerce la preparación científica del que observa, pues no es raro ver que algunas de esas especialidades van incluídas en los párrafos relativos al Derecho común, seguramente por no considerarlas bastante caracterizadas como tales especialidades, es decir, por creer que no difieren de la ley general; lo cual significa falta de penetración de la realidad jurídica y hace temer que más de una vez queden oscurecidas variedades existentes de hecho por no juzgarlas bastante interesantes el observador.

---

estudio sobre *El método positivo en el Derecho civil*, publicado en la revista *La Nueva Ciencia Jurídica*, Mayo á Septiembre de 1892.

VIII

El lugar de la historia del Derecho en los estudios jurídicos.

1.—La costumbre de vivir bajo un régimen especial de estudios desde hace muchos años, ha concluído por hacernos ver ese régimen como lo más natural y lógico, dificultando toda idea de reforma y hasta la percepción de las cuestiones que el mismo orden actual de cosas suscita. Una de esas cuestiones es la del lugar que corresponde lógicamente—ó si se quiere, metodológicamente—á la historia del Derecho, en el plan de asignaturas de la Facultad. La cuestión es doble: de un lado, se refiere al lugar que, con relación á las demás materias, debe dársele á la historia; de otro, al tiempo que ha de concedérsele. El primer aspecto es compatible con el régimen de asignaturas; el segundo pide una trasformación, en el sentido del llamado sistema concéntrico ó del de

libertad y plan monográfico que rige en la mayoría de las Facultades extranjeras. Los estudiaremos separadamente.

Ya hemos visto (I, 3) que es una cuestión previa á toda investigación histórica de carácter jurídico la determinación de qué cosas son de Derecho y cuáles no en la vida humana. Supone esto, por de pronto, que el investigador posea cierta cultura jurídica, no siendo bastante la general histórica para acertar en el estudio de los fenómenos especiales de que en este caso se trata. Por carecer de esa cultura, es frecuente que se pierdan grandes esfuerzos de trabajo realizados por hombres de indisputable autoridad en la ciencia histórica y que resulten deficientes obras de indudable mérito en otros respectos. Pudieran citarse casos que afectan á nombres ilustres; aparte de ser observación general hecha por los profesores relativamente á la influencia que ejerce la distinta preparación de los alumnos que proceden de la Facultad de Derecho y de los que no han pasado por ella (1).

No se sustraen á esta necesidad los partidarios de la filosofía positiva, para quienes el concepto de lo jurídico es puramente histórico y contingente; pues aunque sea cierto que esta idea varía de época á época y de nación á nación y no quepa determinarla *a priori*, sino á medida que la investigación histórica va mostrando los datos propios de cada sujeto y

(1) Véase la opinión de M. Thévenin aducida en mi libro *La enseñanza de la historia*, cap. II.

período, no es menos seguro que siempre hará falta en el que investiga cierto criterio (que es decir cierta idea de las diferencias que separan lo jurídico de lo no jurídico), indispensable para no confundir hechos de distinta naturaleza en un mismo orden de evolución. Ese criterio recibirá después más ó menos rectificaciones del conocimiento histórico, pero es indudable que ha de precederle y, en cierto sentido, guiarlo.

No basta que la cultura jurídica á que nos referimos comprenda los problemas generales de la ciencia del Derecho (concepto, relaciones, biología, etc.). Aunque la historia tenga por fin la determinación del ideal jurídico de cada tiempo y pueblo (I, 7), es claro que no puede llegar á esa determinación sin conocer antes las formas que han revestido las diferentes instituciones en que se concreta la vida del Derecho (matrimonio, familia, agrupaciones sociales, propiedad, gobierno, etc.), cada una de las cuales comprende un conjunto de ideas, á veces muy concretas y especialísimas, sin cuya previa posesión resultaría un jeroglífico el dato histórico. ¿Dónde adquiere esas ideas el alumno que procede á estudiar la historia del Derecho?

Puede parecer, á primera vista, que las más importantes de ellas las trae ya de su contacto con la experiencia diaria, de la cultura general que tiene la masa de donde sale el alumnado universitario. Es fácil suponer que para un joven de diez y siete ó diez y ocho años (edad en que suelen abordar los estudios

de nuestra asignatura) son familiares muchos de los términos referentes á las instituciones fundamentales de la vida. Pero esto es un supuesto y nada más. La mayoría de los alumnos, aunque ha visto repetidos ejemplos de casi todas las relaciones jurídicas importantes, y aun ha sido actora en algunas de ellas, no ha reflexionado sobre su contenido, sus caracteres y su alcance, ni reflexionará, por lo común, hasta que alguien se tome el trabajo de conducirle á ello. Pero aun en el caso que esto haya ocurrido, no alcanzará esta reflexión—puede asegurarse—más que á lo general de cada relación jurídica, mientras que lo importante en la historia y lo que sirve para distinguir los grados de desarrollo de una institución, sus diferencias en el tiempo y en el espacio, es precisamente lo especial y técnico de ella. No hay más que pensar por un momento en la historia del derecho hereditario ó en los cambios transcendentales sufridos por el procedimiento civil y penal, para comprender lo imposible que es conducir á un alumno (de modo que entienda los hechos y no se vea obligado el profesor á detenerse frecuentemente en explicaciones doctrinales) á través de las diferencias históricas, producidas muy á menudo, no por sucesos de gran relieve y fácil percepción, sino por variaciones diminutas y lentas en lo más íntimo de las funciones juridicas de uno ú otro orden.

La experiencia profesional confirma esto todos los días. A la de mi cátedra debo la observación constante de que los alumnos usan y oyen usar los tér-

minos de Derecho que juegan en el relato histórico y en los documentos justificativos, sin conciencia de lo que propiamente significan; cuando más, con la posesión del concepto vulgar que á ellos se refiere; y así se perpetúa ese terrible defecto (que, procedente de la escuela primaria, no se corrige en los Institutos) de repetir mecánicamente palabras vacías de sentido ó apreciadas con uno muy distante de la realidad.

El alumno, pues, necesita entrar en los estudios históricos con una cultura jurídica especial, procedente, ya de un estudio filosófico del Derecho, ya de la observación reflexiva de los hechos actuales, del medio en que vive en lo que éste tiene de jurídico, siguiendo un procedimiento de enseñanza que lo eleve poco á poco á la determinación de conceptos con referencia á los cuales adquiera valor el conocimiento histórico retrospectivo (1).

¿Cómo provee á esa necesidad el organismo de nuestra enseñanza pública? Desde el punto de vista sociológico, de ninguna manera. Desde el punto de vista especialmente jurídico, mediante la asignatura llamada de *Derecho natural* ó *Filosofía del Derecho*. Corresponde esta asignatura, como es sabido, al primer año de Facultad, y en ella se presume que han

---

(1) Véanse, por lo que á esto se refiere, las notas sobre el procedimiento de enseñanza de las ciencias sociales seguido en la Institución libre, expuestas en mi Memoria sobre *La enseñanza de las ciencias sociales*. París, 1900.

de estudiarse, no sólo los problemas generales de la ciencia del Derecho, sino también los de cada una de las instituciones y formas de relación jurídicas que hasta hoy se han reconocido ó que los autores consideran incluídas en el campo del Derecho (1). Si esta presunción se cumpliese, el problema estaba resuelto; pero ni se cumple ni se puede cumplir. Se oponen á ello, de una parte, la libertad de la cátedra y la tendencia natural al método monográfico en la enseñanza universitaria; de otra parte (y esta difi-

(1) Conviene advertir una cosa que tiene suma importancia. Aunque persista en nuestras cátedras y en nuestros libros de texto el peligrosísimo sistema de no exponer más que las ideas aceptadas por el profesor ó el autor, considerando las contrarias, únicamente (al modo escolástico), desde el punto de vista polémico y en la medida necesaria—siempre deficiente—para su *refutación*, todo el mundo sabe que el deber de los que enseñan, oralmente ó por escrito, consiste en exponer con lealtad y exactitud todas las ideas que acerca de los problemas de la ciencia se disputan la posesión de la verdad, á reserva de discutirlas luego con las razones que, á su juicio, abonan una solución en determinado sentido. En el terreno jurídico, esta lealtad obliga también á estimar en lo que vale la realidad histórica y á mencionar, por lo menos, caracterizándolas particularmente, todas las concepciones del Derecho pretéritas ó contemporáneas, aunque contradigan las ideas del autor. Un tratado moderno de Filosofía del Derecho, si quiere llenar su función científica, debe hacerse cargo, tanto en las cuestiones generales como en las especiales de cada institución, no sólo de los demás sistemas filosóficos (historia de la Filosofía del Derecho, que no suele faltar en esta clase de libros, más ó menos diminuta), que

cultad es invencible), el poco tiempo de que se dispone (un solo curso) para el estudio del vastísimo programa que comprende la Filosofía del Derecho. No se puede exigir á un profesor que *explique* ó estudie con sus alumnos *todas* las cuestiones de aquella asignatura en poco más de seis meses, á menos de repetır el cuento de las monteras de Sancho. Lo común y corriente es que no se salga de las cuestiones generales, capitalísimas, y que exigen todavía más tiempo del normal por la falta absoluta de preparación que los alumnos traen de la segunda ense·

---

explican ó razonan de manera distinta los fenómenos jurídi cos, sino también de las ideas implícitas en los hechos vividos por cada pueblo, que pueden representar, que ségura·mente representan, en más de un caso, conceptos diferentes, en punto á tal ó cual relación jurídica ó á la realidad total del Derecho, de las que el autor considera como racionales. Tanto por su cualidad de datos, que sirven para contrastar las ideas personales del autor, como por la de ser concreciones históricas que pueden expresar el derecho *natural,* apropiado á cada pueblo y á cada grado de cultura, etc. (I, 6), esos hechos, y las ideas de que son manifestación, deben figurar en los libros de Filosofía del Derecho, si éstos han de salir del campo abstracto, dogmático, de la forma rígida y puramente *racional* que hasta hoy han revestido. Así, v. gr., en el capítulo de la familia, en vez de razonar únicamente sobre la base de los tipos europeos modernos (que es lo que se hace de ordinario), es obligado aducir y estimar en lo que valen los tipos asiáticos (musulmán, chino, etc.), africanos, americanos, de cuyo contraste y reflexión pueden salir rectificaciones á nuestro modo común de pensar y más altas y filosóficas concepciones del Derecho.

ñanza. Influye, por último, en que la Filosofía del Derecho no sirva, en el sentido antes expresado, de prodromo á la Historia, el tono abstracto y dogmático con que ordinariamente, según hemos dicho, se enseña, y que no habitúa lo más mínimo á la observación y reflexión de la realidad jurídica.

Este vacío pudiera llenarlo, en parte, la asignatura de Derecho romano. Si en el único curso dedicado á ella pudiese estudiarse el cuadro completo de las instituciones romanas (Derecho público y privado), el alumno llegaría á poseer un conocimiento de conjunto de las relaciones jurídicas fundamentales, aunque referido á un solo tipo histórico y en uno de sus grados de desenvolvimiento. Lo que esta circunstancia quitase á la amplitud de concepto, lo añadiría al sentido histórico, constituyendo una fructífera iniciación en el género de investigaciones propias de la historia general. Pero, de un lado, sabido es que nunca se llega á estudiar la totalidad del Derecho romano, y que, aun reducido el plan al *jus civile*, no suele pasarse de los contratos, y aun muchas veces no se alcanza esta materia. De otro lado, la crisis en que hoy está la enseñanza romanista, ya por su limitación, cada vez mayor, ya por las diferencias en su concepto (1), ya por el carácter histórico que muchos propenden á darle (con razón, á mi juicio), crea

(1) Véanse los artículos de J. Duquesne sobre *L'organisation des études de Droit en Allemagne*, publicados en la *Rev. Internat. de l'enseignement.* (Marzo á Junio 1903.)

una fluctuación perjudicial en cuanto á los resultados de ella, y el profesor de historia no puede estar nunca seguro del género de preparación que llevan á su clase los alumnos que han pasado por la de Derecho romano.

Verdad es que estas deficiencias son generales y que se advierten del mismo modo en punto á la preparación general histórica de los alumnos. Lo común y corriente es que sepan muy poco de historia general y de historia de España y aun de geografía, á tal punto, que más de una vez me veo obligado á detenerme en explicaciones de este género, que atrasan y dificultan el estudio propio de mi asignatura. El mal viene de lejos, viene de la escuela primaria y se acentúa en los Institutos. En una y otros hay que buscar el remedio. Creo firmemente que lo tendría si en la escuela se enseñasen como es debido, intuitivamente, rudimentos de Derecho, acostumbrando al alumno á observar y reflexionar sobre los hechos jurídicos que ve todos los días, y si, sobre esta base, se ampliara este género de conocimientos en la segunda enseñanza. Para que tal ocurra, el programa oficial presta ya condiciones, pero ha de tardar mucho el día en que éstas se aprovechen realmente, por la falta de preparación que tiene el profesorado. Los licenciados en Filosofía y Letras, que constituyen el personal de los Institutos á quien corresponde la enseñanza jurídica, no poseen, ni están obligados á poseer por sus estudios oficiales, cultura jurídica que les capacite para *enseñar* Derecho á los

alumnos. Sabido es lo que supone esto de *enseñar* un orden cualquiera de conocimientos. Los casos excepcionales de licenciados en Derecho (que á la vez lo sean de Filosofía y Letras) y de autodidactos, no invalidan la deficiencia general, de que no es culpable el profesorado. Lo lógico hubiese sido, al crear esa asignatura en los Institutos, llamar á regentarla á hombres versados en la ciencia jurídica, rompiendo el exclusivismo, natural en otras materias, de los licenciados en las dos Facultades que ahora suministran casi todo el personal (1).

Será preciso aguardar algunas generaciones para que la enseñanza de Derecho sea una realidad general en nuestros Institutos y pueda servir de preparación para la Facultad. De momento, la dificultad es casi invencible, aunque, ciertamente, más vale que los estudiantes salgan con *alguna* cultura jurídica, aunque sea escasa, que con ninguna. El día que sea completa (en la medida correspondiente á su grado y al carácter de las enseñanzas primaria y secundaria), los profesores de Filosofía del Derecho podrán trabajar con mayor base y sin preocupación por el enlace de su asignatura con otras posteriores como la de Historia.

---

(1) Aun en esto ha habido hasta ahora—y durarán mucho tiempo todavía sus efectos—grandes imprevisiones. Sabido es, v. g., que la Facultad de Filosofía y Letras carecía de cátedras de Geografía, y, sin embargo, los licenciados tenían que enseñar geografía en los Institutos, formándose por sí solos en materia tan compleja y difícil hoy día.

2.—Independientemente de esto, ¿conviene ó no que la historia del Derecho siga ocupando el sitio que hoy ocupa en el plan de estudios de la Facultad?

No intento discutir aquí la cuestión en abstracto, sino concretamente, dentro de los límites en que la encierra la legislación que nos rige (plan de 1884, en relación con el de 1883 por lo que toca á la historia del Derecho). Según ésta, la asignatura á que venimos refiriéndonos se creó para descargar á las restantes (incluso al Derecho romano) de su parte histórica, y permítir que se contraigan especialmente al Derecho *positivo* vigente, de acuerdo con el carácter *práctico* que se quiere imprimir á los estudios de la Facultad. Queda descartada, por tanto, una de las cuestiones que aquí pueden plantearse, á saber: la de la materia propia de la asignatura especial de Historia cuando las restantes se estudian históricamente, como muy á menudo se hace en el extranjero (1). Nuestro punto de partida para la solución de la dificultad que el estado presente de cosas ofrece, debe ser ese mismo estado y, por tanto, el carácter que el legislador quiso dar á la historia del Derecho español.

El plan de 1883, en que figuró por vez primera la Historia, colocaba la nueva asignatura en el primer año de la Facultad (después del año preparatorio,

(1) Véase el planteamiento de esta cuestión en mi libro *La enseñanza de la historia*, cap. final.

constituído por materias no jurídicas), á la vez que la Filosofía ó Derecho natural; de donde, aunque esta última asignatura abrazase de hecho, en la enseñanza, todo el cuadro de la realidad jurídica, no era posible que sirviese de preparación á la que con ella se estudiaba simultáneamente. Quizá dándose cuenta de esta dificultad, el plan de 1884 (1) colocó la Historia en el segundo año y la hizo preceder por el Derecho natural, conservando en lo demás el carácter que la reforma de 1883 le dió y su relación con el resto de las materias. Pero ya hemos visto cómo esta previsión (caso de que la hubiese) resulta inútil. ¿Qué hacer, pues?

Lógicamente, la historia debería preceder á los estudios de derecho positivo actual, que constituyen como su último capítulo y que, desde luego, son su consecuencia. Serviría entonces, propiamente, para ilustrar el conocimiento de ese derecho, para comprender mejor su carácter, sus causas, la relación en que históricamente se ha dado respecto de las condiciones del país, la política jurídica de sus gobernantes, etc. (2). Creo esto preferible al sistema ó plan retrospectivo, que puede convenir en los primeros años de enseñanza histórica (3). Suponiendo que optáramos por éste, sería inevitable un cambio de lu-

---

(1) Su preámbulo nada dice de esto.

(2) Véase cap. X.

(3) Véase esta cuestión en *La enseñanza de la historia*, al discutir el programa de la escuela primaria.

gar de la asignatura, colocándola en el último año de carrera; con lo cual, llevaría también el alumno una cultura especial completa en los varios ramos del derecho positivo. Quizá, transitoriamente—hasta que esa cultura jurídica se obtenga en la segunda enseñanza,—convendrá hacerlo así; pero el día en que ese *desiderátum* se cumpla, la historia deberá volver á su sitio natural, en el primer año de los estudios jurídicos (no en el segundo en que hoy se halla) para que preceda rigurosamente á todas las materias de legislación positiva ó sirva de precedente á las de carácter mixto, como el «Derecho político comparado» (1). Su simultaneidad con la Filosofía del Derecho no será entonces perjudicial, sino más bien útil, puesto que mutuamente se servirán ambos estudios de contrapeso y de rectificación á las muy posibles exageraciones de su correspondiente punto de vista.

---

(1) La última reforma de la Facultad de Derecho, que ha creado la Sección de ciencias sociales y ha variado el sentido de la asignatura de Derecho político, supone una desviación del carácter profesional de los estudios jurídicos, y debemos de ello felicitarnos. Cierto es que en el plan anterior el Derecho político no era propiamente una asignatura de legislación positiva, sino más bien filosófica, y que el método comparativo lo usaba ya algún profesor de nuestras Universidades. Que hoy lo tengan que usar necesariamente todos, en vez de quitarle sentido filosófico á ese estudio permitirá acentuarlo, sobre la base positiva de una verdadera investigación histórica.

3.—La segunda cuestión es de las que preocupan hoy en todas partes. Los especialistas encuentran que los estudios históricos están mal representados en las Facultades de Derecho, y en algunos países las reformas últimas han acentuado este defecto.

El reciente Congreso internacional de Ciencias históricas, celebrado en Roma (Abril 1903), ha ofrecido ocasión para que se manifestase solemnemente la protesta contra ese desacierto de las leyes de instrucción pública. Interesaba mucho á los profesores italianos aprovechar esa ocasión, por ser de fecha reciente la *capitis diminutio* de sus estudios histórico-jurídicos; y así, inició la cuestión uno de ellos, Pasquale Del Giudice, profesor en la Universidad de Pavía, secundado al punto por su colega Landucci, quien defendió la introducción de aquellos estudios en Facultades y grados distintos de la Facultad de Derecho. Pero la cuestión se hizo inmediatamente general, interviniendo en su examen profesores alemanes como Gierke y Leonhard, franceses como Saleilles. Las quejas fueron unánimes y vinieron á concretarse en la siguiente conclusión aprobada:

«La sección jurídica del Congreso histórico hace votos por que las enseñanzas históricas no sufran disminución en las facultades europeas y por que particularmente en Italia se les restituya el lugar que hasta hace poco tuvieron la historia del Derecho romano-italiano y la del Derecho canónico.»

En España, la experiencia está demostrando todos los días que, no sólo es imposible cumplir los deseos

del legislador de 1883, sino que, ni aun en los límites más modestos dentro de las exigencias científicas, puede ningún profesor dar á sus alumnos una idea completa, aunque sumaria, del cuadro general de nuestra historia jurídica. Téngase en cuenta que nuestra asignatura, tal como fué creada—y como, desde luego, debe entenderse—comprende, bajo su apelativo de «general», el recorrido cronológico entero, desde los tiempos primitivos hasta el derecho vigente; las esferas todas de la vida jurídica (historia del derecho político, del administrativo, del penal, de los procedimientos, del civil, etc.) y, desde luego, tanto la llamada historia externa como la interna (1). ¿Se concibe que pueda estudiarse todo esto en un solo curso, muy reducido en días laborables, máxime si se considera la diversificación que en nuestra historia jurídica se produce á partir del siglo VIII? Ya he dicho antes (2) cómo procuro yo salvar la dificultad; pero una cosa es salvarla como se puede y otra hacerla desaparecer.

La falta de un plan interno en las Facultades—análogo al que guía los pasos de la segunda enseñanza en Francia, ya lo fije el Estado, ya lo determinen libremente las mismas Universidades—crea nuevos impedimentos á la enseñanza histórica. ¿Qué hacer, por ejemplo, con la historia del derecho canónico español? ¿Incluirla en la historia general ó

(1) Véase cap. II.
(2) Capítulo VII, núm. 1.

confiar en que ha de enseñarse en la cátedra correspondiente? Unas veces así será; otras no. ¿Y en punto al derecho romano? ¿Hasta dónde será preciso dar, en la historia del derecho español, noticias generales sobre las fuentes y la vida jurídica romana y sobre el renacimiento medioeval del romanismo, que en Alemania, v. gr., se estudia en la cátedra de Instituciones? Conviene deslindar bien el respectivo campo de estudio, producir un acuerdo entre los diferentes profesores y descargar á la historia general de algunas materias si ha de seguir con un solo curso y, aunque no siga, resueltamente por lo que toca á las generalidades del derecho romano, que ocupan mucho tiempo (1).

Pero aun reducida á su campo propio, nuestra asignatura no puede desarrollarse seriamente en un solo curso. Necesita dos, por lo menos, de lección diaria (*dos* cursos de lección alterna suman menos días, casi siempre, que un curso diario); y, desde luego, sea cual fuere su duración, el método concéntrico, no sólo para poder comenzar el estudio del derecho positivo con una base general histórica, sino

(1) El Sr. Hinojosa, en su excelente *Historia general del derecho español*, ha tenido en cuenta, sin duda, la deficiencia de estos estudios en la asignatura de derecho romano y por esto dedica muchas páginas á noticias que, evidentemente, no son de derecho español. Hoy por hoy tiene esto gran utilidad; pero sería conveniente evitarlo, porque aumenta innecesariamente el trabajo que corresponde al historiador especial de nuestro derecho.

también para facilitar los trabajos personales y comprender mejor la trabazón de nuestro proceso jurídico. Mientras esto no se haga, muchas partes de la asignatura resultarán sacrificadas y las restantes continuarán capitidiminuídas, con grave perjuicio de la cultura y de la educación científica de los estudiantes.

IX

El plan de la historia del Derecho español.

1.—La cuestión general del plan abraza varias subcuestiones, todas ellas muy importantes por sí y por el estado crítico en que todavía se hallan. Tales son la del punto de partida (en que difieren mucho los autores), la del procedimiento retrospectivo, la de las divisiones de materia (v. gr., entre las llamadas historia *externa* é *interna;* véase el cap. II) y la de las divisiones cronológicas. Examinaremos ahora estas dos últimas, por la especial relación en que se hallan con el concepto de la historia jurídica.

En nuestros autores ha venido dominando el criterio cronológico, que es el clásico y realmente el más propio (el único propio, puede decirse) de la historia. Aun los que acuden al criterio de las *razas* ó, mejor dicho, de las influencias jurídicas, lo supeditan á la ordenación cronológica, que parece impo-

ner la misma sucesión en que se han dado, por lo común, esas influencias en nuestra historia.

Pero la división cronológica ha de subordinarse también á otros hechos que la motivan y en que se muestran al punto las diferencias entre los autores. Los puntos de vista más seguidos son: el político, el legislativo y el ya mencionado de las *razas*.

El primero no hace más que seguir las divisiones comúnmente aceptadas de nuestra historia nacional. Tiene el doble defecto de amoldar las fases de desarrollo de una actividad especial á las generales de la historia y de perpetuar el exclusivismo político, que tan deplorables consecuencias ha producido (1).

El segundo, además de desconocer el valor que en la historia jurídica tienen la costumbre y la jurisprudencia (2), es un punto de vista complet .mente supeditado á la historia *externa* y adolece, por tanto, de todos los defectos que ofrece esta distinción (según ya hemos visto), acentuados por el carácter

---

(1) Véase la discusión general de esta cuestión en *La enseñanza de la historia*, cap. III. Todavía se producen reacciones singulares en favor del estatismo. Una de las más recientes la representa el escritor Kato Hiroyuki (Japón), para quien el bienestar material y moral de un pueblo depende de la autoridad y estabilidad del Estado (el Estado oficial, por supuesto), que es «el sostén de la bóveda de las naciones», según la frase de un expositor.

(2) Véase cap. IV.

formalista que suele darse á las divisiones hechas según ese criterio (1).

El de *razas*, aparte de ser muy discutible en su sentido literal, presenta en su aplicación el curioso fenómeno de someterse, no sólo al cronológico, mas también al político. Donde no hay una determinación de este género, no ven los historiadores influencia ninguna ni base para una división. Así, la establecen en el tránsito de las primitivas colonizaciones al dominio romano, de éste al visigodo y del visigodo al musulmán, porque todos estos pueblos han sido conquistadores. Pero ¿acaso tienen menos importancia para la formación de nuestra vida jurídica los grupos de población francés, italiano, judío, que no dominaron por la fuerza, pero sí influyeron extraordinariamente en nuestra civilización? ¿Y qué decir, ya en la Edad Moderna, de la influencia alemana, de la inglesa y de otras, acompañadas unas veces de mezcla de sangre, otras sin esto, pero no menos efectivas? Lo que importa considerar en el factor étnico (sea cualquiera el sentido en que se tome esta palabra) no es el contacto material de dos tipos distintos, de manera que lleguen á mezclarse ó fundirse y á dar nacimiento á generaciones mixtas, origen de un nuevo estrato de la población nacional, sino el contacto psicológico, que puede ejercerse á distancia ó, por lo menos, sin que el cambio

(1) Véase una demostración de esto en el núm. 3 del capítulo VI.

de sangre sea tan extenso que quepa tomarse en cuenta como elemento antropológico.

Algunos autores (1) empiezan ahora á estudiar parte de esas influencias que no han ido acompañadas de dominación; pero lo general en quienes adoptan el criterio de *razas*, es no estimar aquéllas para sus divisiones. Así se ve que, al llegar á la época de la Reconquista, los períodos que señalan no están caracterizados por el mismo criterio, sino por otros, como el de la *forma* de la legislación (fueros municipales; fueros generales, que suele decirse) y otros, análogos. No basta, para mantener el sentido que defienden, la oposición que señalan entre el elemento *cristiano* y el *musulmán*, pues, aparte de que la historia los muestra á cada paso confundidos y en reacción recíproca, cada uno de ellos ofrece una complejidad grande (incluso antropológica), que sería preciso determinar en sus efectos sobre la vida del Derecho.

2.—Esta misma incertidumbre—que, en suma, sentencia contra la inflexibilidad de los criterios de división, por lo común excesivamente formales—se nota en casi todos los autores, cualquiera que sea el

(1) El Sr. Ureña, en sus estudios sobre la nfluencia del derecho judío (ob. cit.). Sabido es que la consideración del elemento musulmán (no obstante haber sido dominador) falta en los autores antiguos y comienza ahora á mostrarse en los más recientes, á menudo de un modo harto superficial.

criterio que aparenten adoptar. Pudiera decirse que lo que caracteriza á quienes con más libertad proceden en esta materia (v. gr. el Sr. Hinojosa) es una vaguedad grande en cuanto al principio de la división, ó una mezcla de principios que indica claramente la indecisión del pensamiento. El hecho es significativo, tratándose de autoridades científicas tan respetables como la del Sr. Hinojosa. Significa, de una parte, la imposibilidad de establecer hoy por hoy, en el estado actual de nuestros conocimientos tocantes á la historia interna (y aun á la externa) del derecho español, un plan que sea verdaderamente objetivo; y significa, también, la inutilidad, mejor dicho, el error de los criterios exclusivos. La actividad jurídica es enormemente compleja en sí misma y como factor dependiente de otros en la vida total de un pueblo; los cambios que en ella se producen (y que pueden autorizar al establecimiento de períodos distintos) no se originan siempre por las mismas causas. Á veces, éstas se hallan en lo propiamente jurídico; á veces, en condiciones extrajurídicas del vivir de un pueblo (económicas, religiosas, etc.); y cuando el cambio es de aquel carácter, ora se revela en la legislación, ora en la costumbre, ya en el orden del derecho político, ya en otros de distinta naturaleza.

El hecho del desarrollo anacrónico de las varias instituciones jurídicas es bien conocido: unas cambian rápidamente en un tiempo dado; otras se estancan. Los pueblos no atienden á la vez á to-

das ellas, como si les faltase energia para resolver conjuntamente todas las cuestiones. El siglo XIX ofrece un buen ejemplo de esto, si se compara la movilidad que en él tuvo el derecho político con la estabilidad del llamado civil. Desde el punto de vista del primero, puede decirse que el siglo XIX forma una época con carácter propio; no podría decirse lo mismo con relación al segundo, aunque sea cierto que durante esos cien años ha sufrido una trasformación formal importante (la codificación) y ha entrado en plena crisis ideal, si no legislativa. Verdad es que lo propio sucede con la historia general de un pueblo, cuyas divisiones no se adaptan nunca á los cambios de la totalidad de su vida, sino á los de uno ó de varios de los factores de ella (los que parecen caracterizar un lapso de tiempo); pero lo que esto quiere decir es que las divisiones históricas son siempre relativas y convencionales y no pueden satisfacer á los que abarcan el conjunto de la historia humana, ni convenir de igual modo á quienes estudian los diversos aspectos de ella. Realmente, cada rama del Derecho, cada institución fundamental, tienen grados de desarrollo propios, que unas veces se corresponden con los de las otras, pero muy á menudo no. La preponderancia de una de ellas en cada momento produce la ilusión de que lleva á remolque las demás y les imprime un sello determinado. Así ha ocurrido, en efecto, alguna vez (v. gr. en parte de la época llamada feudal), pero no siempre; y por desconocer este fenómeno y descuidar el es-

tudio de la interna variedad que ofrece la vida jurídica de los grupos humanos, han nacido muchas leyendas históricas ó se han visto los hechos desde un punto de vista erróneo.

Sea cual fuere la solución que el progreso de los estudios traiga á este problema, lo evidente es que deben rechazarse en absoluto los criterios político y legislativo como bases de división general; el primero, por la subordinación equivocada que supone de toda la vida jurídica á la del Estado ó, mejor dicho, á los cambios que éste sufre en su constitución y funciones; el segundo, porque no sólo desconoce el valor de la forma consuetudinaria y el verdadero papel de la ley en la realidad, sino también porque, con relación á la ley misma, propende á no considerar más que sus cambios exteriores y no su eficacia efectiva en el derecho *positivo* (I, 6). Las variaciones del derecho político pueden caracterizar una época; pero no las caracterizan todas, ni suponen necesariamente cambios en el resto de las instituciones. En cuanto á las variaciones legislativas (máxime si, como es frecuente, se atiende sólo á las exteriores: leyes sueltas ó codificación, leyes regionales y locales ó leyes generales, etc.), serán, más ó menos, fenómenos interesantes en la vida propia de este hecho jurídico; pero no producen por sí, las más de las veces, una transformación apreciable de los demás hechos.

3.—El punto de vista cronológico—que es el ex-

clusivo en nuestros autores para la división general de la historia del Derecho—no es el comúnmente seguido en otros países. Se propende más bien al estudio monográfico de las instituciones, para apreciar en cada una de ellas los especiales grados de desenvolvimiento que ha tenido.

Tomemos como ejemplo dos profesores de naciones muy diferentes por su genio y su historia, Italia y Alemania. Salvioli, que acaba de publicar una nueva edición de su excelente *Manual de historia del Derecho italiano* (1903), adopta una división en dos partes: la primera, general y cronológica, comprende lo que comúnmente se llama historia externa; en la segunda va estudiando separadamente, y en todo el proceso de su desarrollo hasta nuestros días, cada una de las ramas del Derecho. El mismo plan sigue Gierke en su curso de historia en la Universidad de Berlín (1).

(1) Análogo es el plan seguido por Sir F. Pollock, profesor en la Universidad de Oxford, y Mr. F. W. Maitland, profesor en la de Cambridge, en su *Historia del derecho inglesa anterior á la época de Eduardo I* (2 vols., segunda edición, Cambridge, 1898). Digo análogo y no igual porque, en efecto, la obra está dividida en dos libros: en el primero se hace la historia general, á la vez interna y externa, del derecho inglés hasta la muer.e de Enrique III (1272); en el segundo se estudian separadamente las instituciones (uso de la tierra y relaciones que de ella derivan, condición de las personas, grupos jurisdiccionales y municipios, propiedad en general, contratos, herencias, familia, derecho penal y procedimientos) en la baja Edad Media (época de Enrique II,

Es discutible la separación que con esto se mantiene de las dos partes tradicionales de la historia, por las razones que ya hemos expuesto (cap. II). El estudio monográfico por instituciones tiene su defensa en la singularidad del proceso de cada una, á que antes hemos aludido; pero si remedia los inconvenientes que tienen las divisiones de conjunto, ofrece, en cambio, otro muy grave, y es romper la trabazón orgánica de la vida jurídica, imposibilitar la vista de conjunto (la más *natural* y *real)* de la historia, y dificultar, á menos de incurrir en repeticiones, la explicación de las influencias mutuas que se producen entre las diversas esferas del Derecho, influencias que llegan á originar cambios imposibles de comprender si no se aprecia ese factor esencial de ellas.

Cabe reconstruir esa unidad *a posteriori*, ó bien anticipar la vista de conjunto en la parte primera de la asignatura, á reserva de ir detallando y diferenciando sus episodios en el sitio oportuno de cada monografía; en ese caso, renace, por lo que toca á esa parte primera ó general, la cuestión de las divisiones cronológicas. Quizá lo mejor respecto de ellas sería adoptar *provisionalmente* los períodos que se suelen distinguir en la historia total de cada pueblo

---

sus hijos y su nieto: Ricardo I, Juan I y Enrique III). Como se ve, el plan es mixto, conteniendo, en rigor, el libro II una revisión por ramas del derecho del período último comprendido en el libro I (desde 1154 á 1272).

y que suelen tener su resonancia en parte, mayor ó menor, de la vida jurídica; y eso es lo que hacen por lo común los autores.

La conclusión general que de todos estos datos y razonamientos se deduce, es que la cuestión se halla hoy en un estado crítico que impone grandes reservas á quienes se preocupen por la verdad histórica y no se avengan á sacrificarla á prejuicios formalistas ó al afán de las resoluciones absolutas é inapelables.

X

La utilidad de la historia del Derecho.

1.—No es infrecuente ver que se dispute á los estudios históricos del Derecho la condición de útiles para la práctica y aun para la cultura jurídicas. La base de estas negaciones se halla—claro es—en el concepto mismo de utilidad, que la mayoría de las gentes liga á los provechos ***positivos*** del vivir presente, en particular á los económicos ó á los de carácter jurídico que sirven á aquellos de medios. No hay para qué decir que la idea de utilidad es mucho más amplia y que todo conocimiento, en el hecho de satisfacer una necesidad del espíritu, es útil, aun en el respecto de la producción de un placer espiritual que refleja en toda la vida del hombre su influjo beneficioso.

Pero conviene no limitar la discusión á este punto de vista, que algunos calificarán de indirecto.

Es preciso colocarse en el mismo terreno en que se hallan los contradictores y probar la utilidad de los estudios históricos para la práctica actual del Derecho y para la buena ordenación de nuestro vivir jurídico presente y futuro.

Descartemos desde luego las objeciones que parten de los doctrinarios, apegados aún á la vieja teoría del Derecho natural. El descrédito del dualismo que ésta supone y de la idea de un Derecho de razón, absoluto y, por tanto, inmutable y universal, quita importancia á este grupo de negaciones (1). No puede hoy ofrecer dificultad ninguna para los que siguen, sin prejuicios, el desarrollo de los estudios jurídicos modernos, la afirmación de que «no es sólo en el razonamiento puro, sino también en el desarrollo histórico de las legislaciones (2) antiguas

---

(1) Véase su refutación en el *Manual d'histoire du droit français*, del profesor Brissaud, (París, 1898. Introducción, números 4 á 6 particularmente.) La objeción que principalmente discute Brissaud es la de los racionalistas que «viendo en los hechos sociales el producto de la libertad humana, se niegan á admitir para ellos la posibilidad de una ciencia». Esta cuestión no es especial de la historia jurídica, sino general á toda la historia humana, y recientemente ha sido objeto (sobre la base siempre del concepto aristotélico de ciencia) de estudios por parte de Xenophol, Croce y otros escritores. La cuestión merece un estudio particular detenido para destruir de una vez el *quid pro quo* en que reposa.

(2) Brissaud dice «legislaciones» nada más. Claro es que la limitación que supone esta palabra, ha de ser corregida conforme á lo dicho ya en los capítulos I y III.

y á la vez en la comparación de las actuales, en lo que debe inspirarse el jurista para explicar, sistematizar y reformar, si es preciso, el derecho existente» (1). El carácter histórico de la vida jurídica es una afirmación indiscutiblemente incorporada ya á la ciencia, después de los trabajos de la escuela de Savigny, ampliados y rectificados posteriormente (2).

Quedan por examinar, como más importantes, las objeciones de los que Brissaud llama *utilitarios*, es decir, de los jurisconsultos apegados al derecho positivo vigente, idólatras de la ley y de la realidad actual considerada como inmutable. Son los mismos que desprecian la costumbre como fuente (3) del Derecho y se niegan á reconocer la sustantividad creadora de la jurisprudencia.

2.—Precisamente en la rectificación de ese error estriba una de las mayores utilidades de la historia del Derecho (4). No hay nada que redima de la sobrestimación de la ley actual como el estudio de las vicisitudes, de los cambios constantes que el Derecho ha sufrido, de las variantes que ofrece en los

---

(1) Brissaud, loc. cit., núm. 1.

(2) Véase el reciente discurso de O. Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten* (Berlín, 1903, 61 páginas).

(3) Véase la minuciosa refutación que de sus ideas hace Lambert en el citado libro *Función del derecho civil comparado*.

(4) Véase *La enseñanza de la historia*, caps. I y último.

diversos grupos humanos; y sabida es la importancia grande que tiene para la realización de la justicia en el mundo que los encargados de defenderla y de aplicarla se desprendan de esa idolatría por el llamado Derecho vigente y adquieran la flexibilidad que comunica la observación reflexiva de la realidad, varia, mudable y dependiente de las condiciones históricas del sujeto y del medio en que éste vive. Cuando se conoce cómo nacen las leyes, con qué facilidad se cambian y trastuecan y cuán á menudo se contradicen con la marcha real de los hechos, es imposible conservar esa rigidez ordenancista que tantos males ha producido y tantas injusticias no sospechadas ha encubierto.

Pero aun dentro del campo natural de eficacia de la legislación actual, ésta hállase supeditada á la historia, porque de ella procede y depende. *A priori* cabe afirmar que el Derecho no podría sustraerse á la ley de unidad genética ó de derivación, que une toda la historia humana desde los primeros tiempos y que nutre lo presente con innumerables elementos de lo pasado (1).

La observación especial de los fenómenos jurídicos comprueba *a posteriori* esta afirmación, demostrando que las leyes que parecen más nuevas y originales cuentan con precedentes y están penetradas por rezagos y supervivencias del derecho pretérito,

(1) Véase sobre esta ley *La enseñanza de la historia*, capítulo IV.

sin cuya base no hubieran podido producirse (1). Ahora bien, si esto es así, resulta obvio que sería imposible comprender plenamente el carácter, alcance y sentido del *derecho vigente* sin conocer los estados de que procede y que no sólo motivaron su aparición, sino que le transmitieron partes no despreciables de su propio contenido (2). Así resulta la historia necesaria para la inteligencia del presente, por la orgánica trabazón en que se hallan los hechos todos de la vida de los hombres. «No cabría comprender bien—dice con mucha razón Lambert—el modo actual de funcionar una institución de Derecho privado y las divergencias de su reglamentación en los diferentes países, sin aprovechar las luces que suministra la comparación de *sus orígenes y de las formas sucesivas que ha revestido* antes de tomar su fisonomía presente... La comparación continua de las concepciones *del presente y las del pasado* permite al que estudia la mejor comprensión de unas y otras. Y añado que la evolución de nuestro derecho civil no aparece en toda su claridad y exactitud mientras no se la confronta con la evolución paralela de cierto número de legislaciones europeas que, no solamente pasaron, en tiempos iguales á los nuestros, por las mismas fases que la nuestra, sinò que, ade-

(1) Véase las pruebas que aduce Brissaud, loc. cit. núm. 2. en punto á la dependencia de la legislación revolucionaria con respecto á la del *Ancien régime*. Por lo que se refiere á España, cap. V. de este libro.

(2) Véase Hinojosa, *Historia del Derecho español*, § 1.

más, han sufrido las mismas influencias germánicas, feudales, canónicas y romanas» (1).

Si nos detenemos á considerar cualquiera de los órdenes del Derecho, aun aquellos que más en crisis se hallan ó que más reflejan la acción de las ideas modernas (á las cuales solemos llamar nuevas con poca precisión, muchas veces), notaremos que apenas hay una cuya solución no dependa de datos históricos. Tomemos como ejemplo el derecho aplicable á lo que se conoce con el nombre de cuestión social. Por de pronto, gran parte de la teoría de Marx reposa en concepciones históricas—el ***materialismo histórico*** y la ***necesidad*** (la fatalidad, pudiera decirse) histórica del socialismo—que no cabe discutir más que en su terreno propio. Uno de los argumentos de que se han servido los reformadores de la organización actual de la propiedad de la tierra, ha sido el que parecía desprenderse de la historia de esa organización, ya por los ejemplos innumerables de formas no individuales de propiedad que el pasado nos muestra, ya por el supuesto (hoy contradicho) de que la forma de apropiación individual es un fenómeno relativamente moderno, precedido en todas partes por un período de comunismo más ó menos amplio (2). De que el supuesto histórico sea exacto

(1) Ob. cit., págs. 50 v 53.

(2) He tratado de esta cuestión en la *Historia de la propiedad comunal* y en un artículo acerca del libro de Costa de que luego se habla, publicado en la *Revista crítica de histo-*

ó no, depende la mayor ó menor fuerza de la doctrina y, por tanto, su acción sobre la vida presente. Así se explica la importancia que dan los reformadores modernos á los precedentes, ya para apoyar en ellos la justicia y razón de sus quejas y reivindicaciones, ya para mostrarlos como *experiencias* de la humanidad, en demostración de que la práctica de las doctrinas ahora preconizadas se ha efectuado en tiempos anteriores sin que produjese los trastornos que temen sus contrarios, y como prueba de que los hombres han reconocido siempre la ventaja de ellas para la resolución de tales ó cuales problemas jurídicos. Una demostración así ha intentado hacer—á nuestro juicio con éxito—el Sr. Costa en su libro *Colectivismo agrario en España*, exponiendo, no sólo los precedentes de hecho (formas colectivas de disfrute de la tierra) que presenta nuestra historia desde los tiempos primitivos (á la manera de Laveleye y demás historiadores modernos de la propiedad), sino también los de doctrina, que preludia y en algunos casos llega á identificarse con las modernas de George y sus partidarios. El peso enorme que arroja en la balanza de la discusión una serie nutrida de hechos favorables á una idea determinada, lo prueba ampliamente el interés que los discutidores tienen siempre en poner de su parte la historia. Así se explica el valor que se da, para las mismas cuestiones

---

ria y literatura, 1898. Este artículo debe considerarse como complemento y rectificación de la *Historia*.

palpitantes, á puntos tan desligados, al parecer, del momento presente como la historia del pueblo judío, la interpretación histórica de la Biblia, el origen y procedimientos de la Inquisición, los hechos del Papado, la política de Felipe II, la realidad y alcance de la ley Sálica, etc. ¿Acaso no hemos visto muy recientemente resolver cuestiones batallonas de límites entre naciones con auxilio de la erudición histórica y discutir la política referente á las órdenes religiosas ó la reducción del presupuesto de culto y clero sobre la base de los precedentes históricos? La actualidad está llena de ejemplos parecidos, que muestran cómo hasta los más exagerados racionalistas se ven en la precisión de rendir el debido homenaje al pasado, ya como apoyo de sus ideas, ya como factor contra el que éstas pudieran estrellarse y que es necesario, por tanto, no olvidar en el gobierno de los pueblos (1).

En el terreno puramente legal, sabido es también que la *interpretación* se hace las más de las veces sobre la base del Derecho anterior, cuando la ley nueva no es bastante explícita ó resulta clara su derivación de otras á las cuales vino á sustituir. La importancia que desde este punto de vista ha teni-

(1) En España tenemos un ejemplo clásico, enteramente jurídico, de esta dependencia que lo nuevo guarda con lo histórico: el de Martínez Marina con relación á las Cortes de Cádiz.—Por lo que á Francia se refiere, ¿qué pretendía la Revolución sino ser un retorno á las libertades griegas y romanas?

do durante siglos el Derecho romano con relación al civil de muchos países, es una prueba elocuente de lo que venimos diciendo (1).

3.—De otro modo sirve también la historia á la política jurídica, es decir, á la ciencia y arte de la crítica, y reforma del derecho positivo: ilustrándonos acerca del espíritu de los pueblos, de sus condiciones fundamentales, de las instituciones ó formas que mejor convienen á su natural idiosincrasia y de los defectos en que se han estrellado las reformas una y otra vez. La experiencia repetida de muchos siglos constituye el aviso más concreto y elocuente para los gobernantes y reformadores, enseñándoles, ya lo que deben corregir, ya lo que deben respetar ó modificar con temperamentos prudentes y suaves, jamás precipitados. Y como no todos los hechos de un pueblo son esenciales, en el sentido de una dirección dada, también enseña la historia á

(1) Véase en Lambert, I, 51, datos referentes al gran uso de la historia hecho por los civilistas alemanes. «Antes de la codificación de 1896, los tratados de derecho civil alemán (*Deutsches bürgerliches Privatrecht*, *Deutsches Privatrecht*) han constituído verdaderos tratados de derecho civil comparado, con la particularidad de que los elementos de comparación eran suministrados exclusivamente por las numerosas legislaciones que se dividen el territorio de Alemania. *Los más importantes de esos tratados...* fueron compuestos por historiadores del derecho y están animados, desde el principio al fin, *por el soplo de la historia.*»

Cf. Klimrath, *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l' interprétation de Code civil.* Strasburgo, 1833.

distinguir los que así fueron de los accidentales, que pasan sin dejar huella (1). Esta utilidad de la historia ha sido bien vista por Lambert en lo que se refiere al derecho actual, cuando dice: «Las conclusiones de la historia, sea local, sea, muy especialmente, comparada, facilitarán la deducción del espíritu general de las legislaciones contemporáneas, revelando que, entre las diversas soluciones dadas hoy á cada problema, algunas son debidas á fenómenos accidentales y pasajeros y otras son supervivencias de estados de la evolución jurídica cuyo tiempo pasó ya» (2).

Ese «espíritu general» de que Lambert habla y que persiguen los cultivadores del Derecho comparado (3), supone una dirección común en la historia jurídica de cierta parte de la humanidad (el grupo europeo y sus derivados), dentro de las singularidades de cada pueblo (4); dirección ayudada hoy por el íntimo contacto que entre éstos existe, la facilidad de las comunicaciones internacionales y el sentido de uniformidad de la civilización moderna, pero que ha venido preparándose durante siglos y no puede comprenderse bien sin el conocimiento de esa preparación histórica (5). El alcance que esa unidad

---

(1) Véase la teoría general en mi *Psicología del pueblo español.*

(2) Ob. cit., pág. 49.

(3) Véase las citadas Memorias del Congreso de 1900.

(4) Véase sobre esto cap. III, pág. 58.

(5) Véase la cita de las páginas 50 y 53 de Lambert. Una

haya tenido realmente, servirá á su vez para explicar muchos fenómenos de los tiempos pasados y para guiar en la educación presente de los pueblos, encaminándola á una reforma de sus factores tradicionales en el sentido de una conjunción racional-real de instituciones con el resto de los países hermanas, limando lo excesivo de los particularismos nacionales.

---

aplicación interesante de ese sentido de unidad de la historia europea la da Stern en su *Geschichte Europas*. «La civilización—dice —parece todavía en Europa, en el siglo XIX, un todo cuya vida se distingue de la del Oriente y de la del nuevo mundo por caracteres particulares, claramente señalados. Salida de raíces comunes que buzan muy hondo en lo pasado; consolidada por la mezcla de sangres, por el parecido de las costumbres y las instituciones, la comunidad de deas é intereses entre los pueblos europeos prosigue ligándolos unos á otros por una necesidad interna y empujándolos por el mismo camino del desarrollo histórico. Las explosiones de un nacionalismo testarudo ó de un fanatismo lleno de odios, pueden á veces obscurecer en la apariencia ese cuadro de unión espiritual. Pero muy luego vuelven las épocas en que esa unidad se refleja nuevamente en las grandes creaciones de los artistas, de los escritores y de los sabios. En ciertos momentos decisivos, hasta se oirá hablar de una opinión pública europea.»

APÉNDICES

1.º

La concepción social y económica de la historia del Derecho.

En el capítulo I, núm. 4, hemos estudiado en general la dependencia en que la historia del Derecho se halla con respecto á la historia no jurídica de la humanidad. Bastaba entonces para nuestro propósito aludir, en la forma breve que lo hicimos, á los aspectos especiales de esa dependencia que han sido hasta hoy objeto de consideración preferente por parte de los historiadores. Pero el problema es tan palpitante y apasiona de tal modo hoy á sociólogos y juristas, que exige un examen más detenido, aunque sólo sea á título de información del modo como suele plantearse, base necesaria para poder llegar á una opinión razonada respecto de él.

Para ello he creído oportuno traducir y comentar en este apéndice la interesante lección inaugural del curso de historia del Derecho de la Universidad li-

bre de Bruselas, cuyo titular es el profesor Mr. G. Des Marez, ventajosamente conocido por sus investigaciones de historia jurídico-económica (1). El señor Des Marez ocupa, á mi juicio, una posición intermedia muy justa entre las exageraciones de tipo marxista y las negaciones demasiado radicales de los historiadores de tipo antiguo, y tiene por esto mayor importancia como guía en la orientación del problema científico á que nos referimos.



La nueva cátedra de historia del Derecho que Des Marez regenta, ha sido incluída en la sección de Ciencias sociales de la Universidad libre. El autor cree, con razón, que este hecho «señala ya el carácter esencial y predominante que hemos de atribuirle» á la nueva enseñanza. «Habremos de considerar el

(1) Las obras publicadas por Des Marez son: *Etude sur la propiété foncière dans les villes du Moyen âge et spécialement en Flandre.—La lettre de Foire à Ypres au XIII[e] siècle.—L'organisation du travail à Bruxelles au XV[e] siècle.—Note critique sur un diplôme d'Arnulff-le-Vieux, comte de Flandre.—Les seings manuels des scribes yprois au XIII[e] siècle.—Les luttes sociales en Flandre au Moyen âge.—La signification historique de la bataille de Courtrai.—Note sur un charte de Robert II de Jerusalem.—Les excès des iconoclastes à Ypres.*

Des Marez es también miembro del Instituto de Sociología anejo á las fundaciones Solvay, en Bruselas. La lección que traducimos lleva fecha de Abril 1902

Derecho como una manifestación social, como un aspecto particular de nuestra civilización, y deberemos mostrar sus estrechas é íntimas relaciones con los estados sociales y económicos diversos que caracterizan la vida de la colectividad.»

Fijando así el carácter de su asignatura, Des Marez comienza á exponer sus ideas acerca de la cuestión á que alude el título más arriba puesto (1).



En este punto nuestra concepción se confunde con la de la escuela histórica moderna, que con tanta energía se ha afirmado en el último cuarto del siglo XIX y que tiende, no obstante la oposición de la escuela histórica política, á conquistarse el sufragio de la mayoría.

Bajo la influencia de la idea del Estado que, á partir del siglo XVIII, suplantó definitivamente la noción del particularismo medioeval, la historia se orientó hacia el lado político y hacia los hombres que dirigen este orden de cosas. Los historiadores se esforzaron por explicar los sucesos mediante la acción de los grandes hombres y concebían la historia como la obra de las fuerzas morales é intelectuales de los individuos (2). La historia del Derecho

---

(1) De aquí en adelante traduciremos seguidamente la lección, reservando para las notas nuestros comentarios.

(2) Véase sobre esta cuestión (el sujeto de la historia) y

sufrió el choque de esta concepción exclusivamente política, y de resultas de ella se la supeditó de tal modo á la historia del Estado, que no se la podía concebir separada de ésta. Asi, las obras jurídicas alemanas consagradas al derecho histórico fueron publicadas bajo el título común, muy significativo, de *Staats und Rechtsgeschichte (Historia del Estado y del Derecho)*, y bajo ese mismo título Warnkönig nos presentó en 1835 sus estudios tan originales y sugestivos sobre la historia del derecho flamenco. *Flandrische Staats und Rechtsgeschichte* escribió al frente de su obra, sintetizando de este modo las ideas históricas reinantes en su época.

Sin embargo, y gracias á los progresos realizados por las ciencias en general y particularmente por las sociales, hacíase cada día más imposible seguir reduciendo la historia á pura historia del Estado y negarse por más tiempo á tener en cuenta, al lado de los factores individuales y conscientes, los colectivos é inconscientes. Se comenzó entonces á escribir la historia de la civilización ó la *Culturgeschichte*, como dicen nuestros vecinos del otro lado del Rhin (1). De golpe, el eje de la concepción de la historia varió de sitio. Si es cierto que el Estado se-

---

la de la influencia de la idolatria del Estado, *La enseñanza de la historia*, caps. III y IV, y *L'homme de genie et la collectivité en histoire*.

(1) Sobre el desarrollo de este concepto á partir del Renacimiento, vid. también *La enseñanza de la historia*, capítulo III.

guía siendo objeto de la preocupación de la escuela política, representada principalmente por el ilustre Ranke, no lo es menos que cesó de absorber la atención de todos los historiadores. Muchos de ellos, los jóvenes especialmente, se declararon partidarios de la *Culturgeschichte* y se dedicaron á trazar cuadros de conjunto de la sociedad humana en épocas determinadas de su vida.

Esta feliz transformación del concepto histórico no dejó de influir en la esfera jurídica. La historia del Derecho se emancipó, pretendiendo constituir una disciplina independiente de la historia del Estado. Semejante pretensión era sin duda legítima. Si es verdad que han de tenerse en cuenta los sucesos políticos en la explicación de los fenómenos jurídicos, sería exagerado querer confundir la historia del Derecho con la historia política y seguirlas juntando bajo la denominación general antes mencionada.

La nueva orientación dada al estudio de la historia estaba henchida de consecuencias importantes. De ello se percató al instante la escuela política y se apresuró á protestar. En un artículo publicado en 1888 bajo el titulo de *Das eigentliche Arbeitsgebiet der Geschichte*, Schaefer se presentó como defensor de la escuela histórica dominante (1). «Pre-

(1) De las polémicas entre Schaefer y Gothein, así como de las de Lamprecht, se ha hablado también en *La enseñanza de la historia* y sus *Adiciones*. Nótese que en estas polémicas se discutían dos cuestiones fácilmente separables: la del

tendió mostrar que la historia no puede ser sino la historia del Estado, que sabe estudiar ante todo la acción de los individuos y que su motor principal y esencial se halla en las fuerzas morales. Concedía tan sólo á la psicología de los pueblos, á la historia jurídica, á la económica, el puesto de ciencias auxiliares distintas de la historia propiamente dicha. La defensa de Schaefer metió gran ruido. Eberhard Gothein le contestó y, en un estudio notable *(Die Aufgaben der Kulturgeschichte*, Leipzig, 1889), sostuvo que la historia política forma nada más que un capítulo y la historia de la civilización una manifestación especial de la actividad humana y que la misión del historiador consiste en determinar, por bajo de la complejidad de los hechos sociales, las ideas que éstos expresan» (1).

Este notable artículo precipitó, en cierta medida, los sucesos que produjeron la transformación radical de la concepción histórica. La sacudida estaba dada, y en la atmósfera febril en que se movían los polemistas, la mirada se dirigió más allá de las comarcas exploradas hasta entonces.

La aplicación á las ciencias sociales del principio

---

sujeto de la historia y la del papel director y esencial del Estado y lo político en la historia humana.

(1) V. H. Pirenne, *Une polémique historique en Allemagne* (Revue historique, tomo LXIV, 1897), quien caracteriza admirabiemente la discusión de que aquí hablamos. (Nota del autor. Para distinguir las suyas de las nuestras, señalaremcs con las letras D. M. las de Des Marez.)

de la evolución, que definitivamente había triunfado en el dominio de las ciencias naturales, hirió vivamente los espíritus y las gentes se preguntaron si es que no podría considerarse la historia como una vasta evolución (1), como una serie no interrumpida de estados socio-psíquicos, engendradores los unos de los otros y á los cuales sería preciso reducir la diversidad de los hechos políticos, de los fenómenos jurídicos y de las corrientes literarias y artísticas (2). Por otra parte, el interés siempre creciente que se había despertado por los problemas sociales y las cuestiones económicas, estimuló el deseo de innovar y barrió las vacilaciones de los más pusilánimes. Una vez más la historia habría de transformarse.

Karl Lamprecht, el conocido profesor de la Universidad de Leipzig, fué quien sintetizó las aspiraciones nuevas. Á su juicio, la historia es, más bien que producto de ciertas individualidades, la obra colectiva de la humanidad que evoluciona y progresa, y lo que el historiador debe investigar es las manifestaciones diversas de esa evolución. Colocando la historia sobre base tan amplia, Lamprecht relegó al individuo al último término, y consideró á la masa como sujeto agente. No es, según él, el individuo quien determina á la sociedad, sino que ésta deter-

---

(1) Véase sobre este concepto el ya citado libro de Richard.

(2) H. Pirenne, art. cit. (D. M.)

mina á aquél, que de ella recibe su manera de obrar y su manera de pensar. La sociedad es el elemento universal y primitivo, el individuo el fenómeno contingente y pasajero. En suma, el espíritu individual es la obra común de la sociedad.

Lamprecht aplicó sus ideas en su *Deustche Geschichte*, cuya publicación, empezada en 1891, llegó á su sexto volumen en 1895, y cuyo gran éxito ha exigido una reciente tercera edición (1).

Al aparecer esta notable obra produjose un tole tole general en las filas de los partidarios de la escuela política, los cuales estrecharon filas alrededor de la obra de Ranke y hasta tomaron el apelativo de *Rankianer*. Formularon contra Lamprecht y sus adheridos dos cargos principales: uno, de querer hacer abstracción completa de las individualidades, para no ver más que la colectividad; otro, de caer en un grosero materialismo, haciendo de la historia una cuestión de estómago.

Ninguno de estos cargos tiene fundamento. Si es preciso convenir en que en el ardor de la discusión Lamprecht fué arrastrado muy á menudo á exagerar, á pesar suyo, sus ideas, también debe reconocerse que jamás tuvo el propósito de excluir las fuerzas individuales y de negar á la psicología de los individuos el lugar que le corresponde junto á la

(1) El tomo I se ha publicado ya. Al frente de él figura la bibliografía completa de todo lo que se refiere á la polémica sostenida por Lamprecht. (D. M.)

psicología de los pueblos. Nunca entró en su idea el querer reducir la historia á ser por entero el relato de la obra colectiva y anónima de las naciones.

El segundo cargo no está más fundado. Responde á una mala inteligencia de parte de los adversarios de la nueva concepción de la historia.

Como Lamprecht había tomado de las ciencias sociales, y singularmente de las económicas— Lamprecht es esencialmente historiador economista —el punto de partida de su teoría, tuvo, naturalmente, que insistir en el aspecto de la historia que le era más familiar: el aspecto económico. Se le acusó de caer en el materialismo y de hacer de la historia una cuestión de bolsillo y de estómago (1). Sus adversarios tomaron gravemente el nombre de *idealistas*. En el fondo de esto no había más que una errónea interpretación del pensamiento de Lamprecht. Este lo ha explicado muy claramente, y tales explicaciones interesan al asunto especial que nos ocupa. Es necesario—dice—que se tengan en cuenta todas las

---

(1) Sabido es cuánto se viene discutiendo hace años (ya en contra, ya en favor de Marx, de Lamprecht y de los discípulos de unos y otros) lo que, con una frase de conjunto, se suele llamar el «materialismo histórico». La literatura á él referente es numerosísima. Indicaremos aquí, como fuentes de información reciente, aparte el conocido libro de Croce, el tomo VIII de los *Anales* del Instituto Internacional de Sociología (París, 1902) y el I de los *Anales de Sociología* de la Sociedad belga de Sociología (Bruselas, 1903). En este último se publica un largo estudio de C. Van Overgergh sobre *El materialismo histórico de Karl Marx* (en francés).

manifestaciones en que se revela la actividad humana, no sólo la económica, mas también la del derecho, del lenguaje, del arte, de la religión. Los fenómenos abstractos y psíquicos deben estudiarse al lado de los materiales y concretos, y aun debe dárseles la preferencia.

Esta concepción histórica general, que asigna á la historia como fin supremo el conocimiento de la humanidad, no puede sernos indiferente. Mediante el estudio del Derecho como expresión de la vida de los pueblos, al igual de otras expresiones como la religión, el arte ó el lenguaje, nuestra enseñanza debe llenar en parte el programa trazado por los promovedores de la nueva concepción. La basaremos en los mismos principios que hemos aplicado ya en nuestros estudios sobre la propiedad urbana y los documentos de crédito (1), investigando, á la luz de la historia social y económica, la solución de los problemas delicados y complejos que plantea la historia del derecho medioeval. Porque debe notarse que el propósito de describir ese aspecto particular de la civilización de los pueblos que se llama el Derecho, no nos autoriza á aislarlo. La vida de una nación no consiste en una serie de expresiones justapuestas, sino en una serie de expresiones engarzadas unas en otras, y la impresión que de ella debemos sacar es que esa interpolación es precisamen-

(1) Se refiere á los citados libros *La propiété foncière dans les villes du Moyen âge* y *La lettre de Foire*.

te lo que constituye la vida social. De aquí que, lejos de proceder por separación arbitraria, debamos, por el contrario, esforzarnos en determinar cuáles son los elementos jurídicos, manteniéndoles en su propio medio, rodeándolos de esa atmósfera social y económica, única que puede mostrarnos el Derecho en toda la realidad de su desarrollo (1).

Pero tropezamos aquí con una dificultad. Si nuestra concepción de la historia del Derecho nos lleva al terreno de la concepción histórica general, conviene, sin embargo, no caer en exageraciones. Podríamos comparar la concepción moderna de la historia á una amplísima avenida cuyos diferentes paseos conducen todos á un punto común. Cada paseo tiene sus especiales frecuentadores: aquí se pasean los historiadores del arte, allá los filólogos, á la derecha los pensadores preocupados con los graves problemas de la religión, á la izquierda los sociólogos. Á nosotros nos corresponde también uno de esos paseos, el que lleva á su entrada el rótulo de *Historia del Derecho.* Poseemos un camino propio, y si nos está permitido mirar á derecha é izquierda para mejor guiar nuestra marcha á la luz de los otros, deberemos abstenernos de entrar en camino ajeno.

Y, sin embargo, se han cometido exageraciones. En un libro notable, cuya primera parte es la única

(1) Véase esta misma doctrina en el cap. I, 4.

publicada hasta hoy (1), Hildebrand, profesor de Economía de la Universidad de Gratz, ha querido probar, por una serie de aforismos, apoyados en textos juiciosamente escogidos, que el Derecho depende en todas las fases de su desarrollo de las circunstancias económicas y exclusivamente de ellas. Es esto excederse, sin duda alguna, en la aplicación de una tesis favorita.

Nosotros seremos menos absolutos. Sin querer exagerar las cosas ni erigir en principio categórico que el desarrollo jurídico se halla determinado en todas partes y siempre por las condiciones económicas, profesamos, sin embargo, el principio de que el Derecho, en las diversas fases de su evolución, hállase sometido en su mayor parte á la influencia de la economía (2). Esta influencia será más ó menos acentuada, según el estado social en que se halle el pueblo. Poderosa y, por decirlo así, soberana en las sociedades primitivas—y aun diré que en las sociedades que han llegado á cierto grado de cohesión

---

(1) *Recht und Sitte auf den verschiedenen wirtschaftlichen Kulturstufen.* Jena, 1896. Erster Teil, IV-190, págs. (D. M.).

(2) Sería más exacto, á mi juicio, decir que esa influencia se ejerce ineludiblemente sobre ciertas esferas del Derecho y en primer término, por de contado, en la esfera del llamado derecho de propiedad, aunque quizá no en todos los términos de las relaciones que lo forman. En otras esferas del derecho (personalidad, familia, el Estado, etc.), la dependencia no es tan clara, y más de una vez puede darse por nula.

social, tales como la sociedad medioeval,—se debilita, en cambio, y hasta se ve dominada á su vez por la influencia jurídica, en las sociedades que, como las modernas, tienen conciencia de sí mismas y dirigen sus destinos mediante un esfuerzo reflexivo de la voluntad.

Para convencernos de la verdad de esta tesis bastará interrogar la historia.

Cuando los bárbaros invadieron las Galias y dieron fin al régimen urbano para inaugurar uno esencialmente agrícola, la formación de los grandes dominios á expensas de la pequeña propiedad trajo consigo la decadencia política de los individuos. Muchos hombres libres se convirtieron en siervos, tributarios ó censatarios (1). Dejaron de formar parte del ejército y de acudir á los tribunales *(mallos)* para administrar justicia. Esta condición inferior nadie se la impuso violentamente. Ellos mismos la buscaron, porque comprendieron que su condición económica reclamaba de ellos este sacrificio (2). Por esto las leyes y capitulares de Carlomagno son impotentes para conjurar la desaparición de la pequeña propiedad libre y con ella la del hombre libre, juntamente soldado y juez. De allí en adelante ya

(1) Véase el proceso de esta evolución en España, desde los últimos siglos del imperio romano, en Pérez Pujol, *Instituciones sociales de la España goda.*

(2) No debe olvidarse tampoco la influencia que en este cambio produjo la variación ó, mejor dicho, la decadencia en la organización y funciones del Estado como protector.

no determina el individuo, merced á su libertad personal, la libertad de la parcela de tierra que ocupa. Prodúcese el fenómeno á la inversa. La tierra no libre enclavada en los grandes dominios, influye sobre el hombre que la cultiva y determina su estatuto personal. La revolución económica ha provocado la revolución social y modificado la condición jurídica de las personas.

Pero la obra de la economia no terminó con esto. Para regular las relaciones nuevas que habían surgido entre los grandes propietarios y los siervos, nació un derecho nuevo, el *derecho dominical* (1). No obstante su origen privado, este derecho fué bastante poderoso para rechazar el derecho territorial y el dictado por los reyes. Subyugó á los individuos y reguló sus relaciones práctica y diariamente. El derecho público se arrinconó, cada vez más, en la esfera de la teoría. Su eficacia limitábase á una minoría que consiguió escapar al gran desastre económico. El políptico de la abadía de San Germain des Près, escrito en 826 por orden del abad Irminon, nos muestra que las 17.000 hectáreas de tierra que poseía el monasterio estaban repartidas entre 2.829 familias, distribuídas del modo siguiente: 8 familias de hombres libres, 2.080 de colonos, 45 de lides, 120 de siervos y 606 de personas cuya condición no resulta determinada con claridad (2). En los demás

(1) Véase sobre esto mi *Historia de la propiedad comunal*. Epoca feudal.

(2) Guérard, *Poliptyque de l'abbé Irminon ou dénombre-*

dominios, tanto los laicos como los eclesiásticos, la situación era idéntica, y la nueva condición jurídica impuesta al individuo por el cambio económico que se había producido en el medio que le rodeaba, le trajo al propio tiempo un cúmulo de obligaciones dominicales: la *poursuite*, la *taille*, la *main-morte*, el *meilleur cattel*, el *formariage* (1) y otras muchas restricciones cuya malla le apretaba estrechamente.

Pero el mundo económico iba á transformarse una vez más y una vez más daría nacimiento á nuevas formas jurídicas.

El período merovingio y una parte del carolingio fueron épocas de paralización económica. La vida comercial é industrial había desaparecido de las Galias. La atención de las gentes dirigíase de un modo exclusivo á la explotación de la tierra; y cuando el Mediterráneo se convirtió en un lago musulmán, la Europa de Occidente cayó de un modo definitivo en la calma de la vida agrícola.

Pero la ley de la evolución determina que la civilización agrícola no sea más que el prodromo de una civilización más perfecta, comercial é industrial. Durante tres siglos, Europa pareció querer reposar del tumulto de las invasiones y reunir nuevas fuerzas mediante un sueño reparador. Para sacarla de este

---

ment des manses, des serfs et des revenus de l'abbaye de Saint-Germain-des-Prés. París, 1844. (D. M.).

(1) Tributos y servicios correspondientes á los que en España debían los siervos de la gleba, foreros, villanos, etc. etc.

letargo necesitábase una gran transformación social y económica: la renovación del comercio y de la industria. Merced á un impulso irresistible, los lazos que hasta entonces habían atado al hombre á la tierra se desatan; los grandes dominios ven cómo se deforma su cuadro y al fin se rompe, y el resultado de esta crisis saludable es la aparición de aglomeraciones mercantiles en sitios geográficamente favorables para el comercio.

La ciudad apareció y su fundación debía inaugurar un régimen nuevo. Érale imposible á una sociedad entregada al comercio y á la industria entrar en el cuadro social existente sin negar sus intereses más queridos, sus intereses comerciales que exigían reglas de derecho especiales y una libertad de movimiento lo más completa posible. No podía consentir el reconocimiento del derecho dominical engendrado por y para una sociedad esencialmente agrícola; no podía tolerar los derechos señoriales antes mencionados, que se le mostraban como ramificaciones últimas del derecho de propiedad del hombre sobre el hombre.

Á esa sociedad nueva hacíale falta un derecho nuevo, y ya el *jus mercatorium* que había regido á los escasos comerciantes que á través del imperio carolingio habían continuado comerciando penosamente, se precisa, fortifica, desarrolla y concluye por ser la fuente principal y primera del derecho urbano. Las necesidades mercantiles estimulan esta elaboración jurídica nueva, y como á cualquier pre-

cio era necesario conservar la paz, los comerciantes se rodean de un sistema penal completo. Así, su derecho nos aparece ante todo en sus primeros orígenes como un derecho penal. Abandonan la indemnización de 60 sueldos, que es la de derecho común, para inaugurar la pena del talión; rechazan el duelo como forma de prueba judicial; reivindican la libertad personal no sólo para ellos, mas también para todos los que, escapados de los dominios señoriales, van á engrosar sus filas (1). Pero no les bastaba haber elaborado un derecho particular; hacíanles falta magistrados propios que fuesen órganos de él, y se dan á sí mismos una magistratura nueva, que mina por su base la jurisdicción señorial y suplanta la jurisdicción pública. Llegan hasta crear un tipo nuevo de propiedad, lo ligan á una serie de prerrogativas cívicas y consiguen así que el suelo de su ciudad surja como una isla de libertad del seno de la servidumbre que tiene sumergido todo el resto del país. Entre ellos el comercio domina la vida pública hasta tal punto, que el comerciante es á la vez propietario territorial y funcionario municipal. En suma, el factor económico lo determina todo, así las condiciones sociales como las situaciones jurídicas. Es la fuente primera de toda vida y de todo movimiento.

. . . .

. . . .

(1) Nótese las diferencias que hay, en medio de las notas comunes, entre este derecho municipal y el español, particularmente el castellano.

Puesto que la humanidad, psicológicamente considerada, es compleja y el Derecho no es sino un elemento de esa complejidad, los hechos jurídicos, en tanto que hechos que se suceden á través del tiempo, sólo nos interesan en cuanto sirven de soportes á una idea. Mediante ellos, y sólo mediante ellos, llegamos al descubrimiento de la idea (1), y ellos nos suministran una base positiva, sin que podamos apartarnos de ese positivismo histórico, si es que no queremos desconocer la necesidad de dirigirnos á las fuentes mismas para averiguar nuestro pasado.

Si hacemos síntesis es tan sólo á condición de que se base rigurosamente en los hechos observados. Las construcciones *a priori*, las teorías que son puro producto de la imaginación, por muy brillantes que sean, deben rechazarse irrevocablemente. Nos extraviarían en los dominios de la fantasia; y más vale, á nuestro juicio, preferir la sequedad en vez de la originalidad fantástica, que sacrificar lo real en aras de lo aparente.

Nuestra manera deconcebir la enseñanza de la historia del Derecho excluye también la interpretación dogmática de nuestras costumbres (*coûtumes*) pasadas. Esas costumbres sólo accesoriamente interesan al Derecho social y económico explicado, porque los textos positivos codificados señalan el estado del Derecho en un momento preciso de su desarrollo, mar-

(1) Cf. cap. I, 7.

can una posición determinada en su evolución. En tanto que ellos permanecen inmutables, todo cambia á su alrededor, y únicamente cuando los estados sociales y económicos se han modificado bastante, es cuando el Derecho, cristalizado en el Código, se decide á salir de su inmutabilidad para consagrar el hecho cumplido. El estudio de las costumbres propiamente dichas no sirve, pues, para pintarnos el devenir del Derecho, para dejarnos entrever las transformaciones sucesivas de las reglas jurídicas y mostrarnos de qué modo esas reglas son como son actualmente (1).

Hemos sentado antes que, para recibir la impresión de la fisonomía verdadera y sincera del Derecho—nos referimos especialmente al de la Edad Media—se deben consultar, más bien que las compilaciones jurídicas, las actas privadas (documentos) redactadas día por día por los interesados. Las cartas (diplomas), esos *membra disjecta* de la práctica diaria, nos instruyen de modo mucho más seguro y, por decirlo así, más directo, que los trabajos de los

(1) Téngase en cuenta el distinto sentido que dan á la costumbre en la historia del Derecho los autores franceses y belgas y los españoles. (Cf. cap. V) Para aquéllos, decir costumbre (coutume) es decir las codificaciones del Derecho que antes fué consuetudinario por tradición de actos, realizadas á partir del siglo XV. Des Marez habla luego de un período de costumbre no escrita, trasmitida de generación en generación por tradición oral.

escritores de costumbres (coutumiers) y de los legistas (1)...

No quiere esto decir que excluyamos los textos positivos, los costumbres (*coutumes*) y los Códigos, del estudio histórico del Derecho. Sería eso un exclusivismo que nada tendría de científico. Convendréis conmigo en que sería ciertamente difícil estudiar en otros documentos que las leyes bárbaras el derecho del período franco; pero también me concederéis que, por lo que se refiere á aquella parte de la Edad Media que va desde el siglo X al XIII, es preciso acudir á otras fuentes, puesto que en esa época las leyes territoriales se obscurecen, el derecho consuetudinario se desarrolla y no hay codificaciones. Se me objetará que las compilaciones jurídicas privadas compuestas en Francia, en Alemania y en Inglaterra (2) á partir del siglo XIII, sirven para revelarnos el Derecho del período precedente y que, de hecho, gran número de jurisconsultos se

(1) Vid. el informe presentado á la Academia Real de Bélgica por H. Pirenne sobre nuestra *Lettre de Foire* (Bull, de l'Academie, n.° 3, Marzo 1900). Léase también el importante informe de J. Lameere sobre el mismo libro. Ibidem. (D. M.) – Lo que Des Marez llama *actas privadas* y *cartas* es lo que llamamos nosotros «documentos privados de aplicación del Derecho» en oposición á las leyes, ordenanzas, decretos municipales, etc., que tienen carácter público. Vid. Hinojosa, *Historia del Derecho español*, I.

(2) Y en España también. Véase lo que se dice de las Leyes del Estilo, Leyes Nuevas, Fuero Viejo, etc., en mi *Historia de España*, tomo II.

ha esforzado por reconstituir, según esas fuentes, el desenvolvimiento gradual de nuestras instituciones jurídicas.

Este método, sin embargo, nos parece defectuoso. Olvídase en él que toda sistematización señala, en cierto sentido, un retraso en la obra jurídica, puesto que, al fijar el derecho en un momento determinado de su existencia, hace abstracción del pasado, no se ocupa más que del presente y paraliza el porvenir. Los documentos privados, por el contrario, elaborados de conformidad con las circunstancias, nos advierten la marcha del Derecho, permitiéndonos que la sigamos hasta en sus movimientos más tortuosos (1). Habrá, pues, que cuidarse de ilustrar el trabajo con la luz que proyectan los textos codificados, á fin de encontrar en ellos la confirmación de los resultados adquiridos, ó de descubrir un complemento de prueba en favor de una tesis insuficientemente comprobada. En Bélgica, más que en parte alguna, á los documentos privados se les deberá dar una importancia preponderante, porque es de notar que en un país en que el desarrollo económico fué tan precoz é intenso, no haya habido sistematización jurídica anterior al final del siglo XIV.

Veníamos defendiendo este método de investigación sin encontrar oposición formal á él, cuando de pronto un autor reciente, el Sr. Mayer, vuelve á la

(1) Cf. cap. VI y la introducción de mi *Historia de la propiedad comunal.*

interpretación predominante de las costumbres en una obra notable, pero discutible, sobre la historia constitucional comparada de Francia y Alemania del siglo IX al XIV (1), proclamando que los principios del derecho medioeval deben determinarse conforme á los textos positivos, las compilaciones jurídicas y las costumbres codificadas. Pero este regreso exclusivista á los Beaumanoir y á los Eike von Repgow, no sirvió al autor más que para llegar á conclusiones extrañas, que le valieron más de una crítica acerba (2); y la singularidad de los resultados adquiridos nos parece ser la demostración más palmaria de la debilidad é insuficiencia de su método. Creemos cierto que la autoridad de los Códigos y de los trabajos de sistematización jurídica no basta para satisfacer las exigencias cada vez más rigurosas de la crítica histórica. Necesario es servirse—y aun diremos que ante todo—de los documentos privados, únicos capaces, repetimos, de mostrarnos el Derecho en su estado de gestación.

No hay para qué decir que pedir á los diplomas, á los documentos privados, á los privilegios, el secreto del derecho antiguo, tanto público como privado, supone reservar á la historia propiamente dicha y á la crítica histórica un lugar importante. Trátase de

---

(1) *Deutsche und französische Verfassungsgeschichte vom 9 bis zum 14 Jahrhundert.* 2 vols. Leipzig, 1899. (D. M.)

(2) Citaré el artículo de Karl Uhlirz, en la *Historische Vierteljahrschrift*, 1900, págs. 252 á 262. (D. M.)

esclarecer el Derecho por la historia y recíprocamente la historia por el Derecho, como ya lo decía en 1861 el sabio jurista Wilhelm Arnold: *La historia es una fuente del Derecho, el Derecho una fuente de la historia* (1).

*
* *

Tal es, señores, nuestro concepto de la historia del Derecho; tal el método que seguimos en la elaboración de la teoría histórica del Derecho. Llegamos ahora á la segunda cuestión de que debo hablaros, la que se refiere al objeto de esta cátedra. ¿Cómo deslindar el campo que vamos á explorar en común? (2)

Sea cual fuere el interés que suscite el derecho de

---

(1) *Zur Geschichte des Eigentums in den deutschen Städten.* Basel, 1861. (D. M.)—La frase de Arnold debe ser interpetada según el sentido de la relación de la historia externa con la interna conforme el concepto de Leibnitz (cf. cap. II) y según el moderno concepto de la historia de la civilización (cf. *La enseñanza de la historia*, cap. III). No quiere decir, por de contado, que el Derecho no forme parte de la historia total de los pueblos.

(2) El autor entra aquí en explicaciones que no tocan ya directamente al tema indicado en el título; pero el interés que tiene la exposición comparativa que hace de la historia jurídica belga, nos mueve á no suprimir esta parte de su lección, comprensiva de enseñanzas que importan á nuestro público, por lo que son y por lo que sugieren en punto á España.

los pueblos de la Edad Antigua, nos es imposible comprenderlo en el cuadro de nuestra asignatura. Se opone á ello un motivo pedagógico.

Empezar por el derecho egipcio ó el griego para terminar por el moderno, equivale, en un curso de lecciones no muy numerosas, á no poder dar más que resúmenes tan generales que sus formas vagas y flúidas no os dejarían ninguna impresión duradera. Por otra parte, el desarrol'o jurídico de los griegos no puede tener para nosotros más que un interés puramente arqueológico. Entre esos derechos y el nuestro no hay filiación directa. Es un error querer buscar en Grecia ciertos orígenes de nuestro Derecho actual, por ejemplo, el germen de ciertas instituciones comerciales. La letra de cambio, dígase lo que se quiera, no ha nacido en tierra griega; los jueces consulares no tuvieron como antecesores á los *thesmothetes* y los *nautodices*. La Edad Media tuvo el mérito de inventar, por su propio genio, todas esas instituciones, ó más bien, si así lo queréis, de haberlas reinventado.

El único derecho que la antigüedad nos ha legado (1) fuerte y poderoso, como si mediante él hubiese querido prolongar su vida más allá de la tumba,

(1) Sabida es la excepción que en España hay que hacer en punto al derecho ibero-celta, tan á fondo investígado por el Sr. Costa. Respecto al punto de partida que adopta Des Marez, véase, por lo que se refiere á la aplicación de estos razonamientos á nuestra historia, lo que se dice en el capítulo IX.

es el Derecho romano. Con ese Derecho se ha amasado nuestra obra jurídica; pero como ya se le estudia especialmente en otra cátedra, podremos contentarnos con una rápida mirada sobre la situación del Imperio Romano y sobre los trabajos legislativos de Teodosio y de Justiniano, con algunas nociones indispensables á fin de comprender el contacto del elemento romano y el germánico y de penetrar mejor su fusión.

Nuestro punto de partida hállase, pues, del lado de acá de la antigüedad clásica, y empezaremos nuestro curso por el estudio del derecho germánico antes de las invasiones. No obstante, si el período primitivo de este derecho puede constituir el objeto de un estudio de conjunto, hemos de establecer nuevas restricciones para los tiempos posteriores á la invasión, porque en ellos, los diferentes pueblos germánicos fijaron determinadamente su patria y se dividieron para seguir cada uno su camino propio.

Del siglo V al VII, el mapa de Europa se modificó completamente. Los germanos abandonaron en masa la Germania. Los vándalos, burgondios, visigodos y ostrogodos estableciéronse en el mismo corazón del Imperio: en España, en Provenza, en Italia. Los alamanos y los ripuarios se fijaron en las riberas del Rhin; los francos avanzaron por el Norte hasta el Loire. Los pueblos escandinavos quedaron acantonados en la Europa septentrional, mientras que los sajones tomaron el camino de la Gran Bretaña. No podemos seguir á todos esos pueblos en su marcha

particular hacia la civilización. Excluimos á los escandinavos, los lombardos, los anglo-sajones, para limitarnos á los francos, alemanes, ripuarios y burgondios, ó sea, á los pueblos que constituirán más tarde las dos grandes nacionalidades de cuyos destinos hemos de participar: Francia y Alemania.

No quiere esto decir que pretendamos hacer la historia del derecho alemán paralelamente á la historia del derecho francés, lo cual equivaldría á desconocer la importancia de nuestro propio desarrollo.

Punto de intersección de dos corrientes civilizadoras, nuestro país presenta la característica de haberse encontrado en él las instituciones francesas y alemanas, que vivieron vecinas unas de otras y que á veces también se fusionaron para producir nuevas instituciones, admirablemente adaptadas á nuestra idiosincrasia nacional (1). Verdad es que, en el estado actual de las investigaciones, resulta desgraciadamente imposible dar un curso completo de historia del Derecho especialmente aplicada á Bélgica; pero nada hay que nos impida insistir en este punto original y concreto de nuestro desarrollo jurídico, siempre que los estudios ya realizados dejen penetrar un rayo de luz en la historia.

Ya se interrogue el derecho público, ya el priva-

---

(1) H. Pirenne ha establecido y perseguido esta tesis en el terreno histórico, en su notable *Histoire de Bélgique*, segunda edición. Bruselas, Lamartin, 1902. (D. M.)

do, siempre chocará la particular situación que nuestro país ocupa frente á los Estados vecinos. Mientras que en Francia el derecho real (de los reyes) se desarrolla á la vez que la centralización y halla pronto su expresión en las ordenanzas regias, en Bélgica nuestras constituciones provinciales permanecen hasta el siglo XVI al abrigo de las intrusiones del poder central. La reunión varias veces secular de nuestros principados bajo un mismo cetro, no basta para que ninguno de ellos renuncie á su particularismo; y en los días mismos de la reacción austriaca contra la invasión republicana francesa, vemos al emperador Francisco II hacerse reconocer como duque de Brabante, de Limburgo, de Luxemburgo, conde de Flandes y de Hainaut, marqués de Namur y de Amberes, señor de Malinas. Pero si nuestro derecho público constitucional nos lleva lejos de la concepción francesa, no por eso nos confinamos en la concepción excesivamente particularista de Alemania. Aquí, como en Francia, las ciudades han cesado de existir como poderes políticos autónomos; sus privilegios han sufrido el choque de una codificación más uniforme y sencilla de las costumbres. En suma, hallamos en nuestro pequeño territorio un derecho público que no es francés ni alemán, sino que participa juntamente de ambos.

Si examinamos algunas de nuestras instituciones privadas, notaremos que también ellas dan ejemplo de creaciones jurídicas originales. En tierra flamenca nació, en el siglo XIII, ó á lo menos en ella

se desarrolló preferentemente, un instrumento de crédito, la *letra de feria*. Esta letra no es la letra de cambio, nacida en Italia, ni el reconocimiento de deuda del derecho germánico. Es una mixtura (1).

Por lo que toca á las inscripciones de inmuebles, de donde deriva nuestra inscripción hipotecaria moderna, el sistema francés y el alemán coexisten en en nuestro país, especialmente en Flandes. Mientras que en Ypres y en Brujas se adopta el sistema francés de los chirografos y de las cartas selladas y se le mantiene en vigor hasta el fin del siglo XV, en Gante, por el contrario, se llega, ya en 1339, al sistema alemán de los *Erbbücher* ó registros de inscripciones.

En materia comercial, la jurisdicción consular tiene entre nosotros orígenes tan variados que se aproxima, á la vez, á las instituciones italianas, alemanas y francesas.

Los tribunales de comercio italianos tienen en su origen un carácter esencialmente corporativo. En Milán como en Florencia, en Génova como en Venecia, se confunden los jefes de las *gildas* y los jueces de los mercaderes. El derecho que los comerciantes gozan, de poseer magistrados especiales, se considera ante todo como un privilegio del gremio. Quien se haga inscribir en los registros del *Colle-*

(1) Véase nuestro libro *Lettre de Foire à Ypres au XIIIe siècle*, ya citado. (D. M.)

gium ó de la *Mercanzia*, está obligado á someterse á los jueces consulares (1).

En Alemania la influencia corporativa es mínima, por no decir nula, en la formación de los tribunales de comercio. Los magistrados del municipio son á la vez jueces en lo civil, penal y comercial. Si consienten en libertar á los mercaderes del rigor del formalismo y del procedimiento largo y lleno de excepciones del derecho urbano ordinario, para administrarles justicia rápida y sumariamente, *sine strepitu et figura judicii*, como dicen los textos, no llegan á decidirse á transportar su competencia comercial á magistrados especiales. El desdoblamiento de los tribunales urbanos tardó mucho en producirse.

En Francia, aparte la jurisdicción parisién de los comerciantes de agua, que además tuvo poco de mercantil, la jurisdicción consular no reconoce su punto de partida en la corporación, como en Italia, sino que, diferentemente también de lo que ocurrió en Alemania, el poder de los magistrados municipales es sustituído bien pronto. El poder real pone en su vez á los jueces foranos ó á los guardas de feria. El comerciante se ve sometido á una jurisdicción excepcional, no por su voluntad propia, sino por la del soberano.

(1) Guido Bonolis, *La giuridizione della Mercanzia in Firenze nel seculo XIV*. Firenze, 1901.—F. Morel, *Les juridictions commerciales au Moyen âge*. París, 1897.—P. Huvelin, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, París, 1897. (D. M.)

En Bélgica hallamos juntamente la *acción corporativa* italiana, el *poder exclusivo* de los magistrados municipales alemanes y la *intervención gubernamental* francesa.

En Flandes, como en Alemania, los escabinos hállanse investidos de una triple competencia. Dado que ellos mismos son mercaderes, esta cualidad los designa claramente para la función de jueces consulares. Contribuyen poderosamente al desarrollo del derecho comercial, y sólo á partir del siglo XV vemos operarse la división de atribuciones y constituirse en el seno del colegio comunal diferentes colegios especiales, ceyos miembros se reclutan entre los escabinos en funciones. Sin embargo, en el siglo XIII la competencia exclusiva de éstos recibe un golpe mortal.

En Flandes, como en Francia, el poder central, es decir, el conde, pone en vez de ellos, durante las ferias, magistrados especiales encargados de administrar justicia mientras se celebra el mercado.

La ordenanza de ferias dictada por Margarita de Constantinopla insiste sobre la competencia especial de los escabinos de feria (1).

Como los guardias de feria establecidos en Francia por la realeza, en Flandes los escabinos foranos

---

(1) Des Marez copia á continuación un texto (que no creemos necesario repetir aquí) tomado del *Cartulario de Namur*, folio 10 (Archivo general del reino en Bruselas) y publicado ya, aunque defectuosamente, por Warnkönig, obra citada, I, documentos justificativos, núm. 36.

designados por el conde son los antecesores de los jueces consulares. Pero su competencia es esencialmente efímera y se desvanece al terminar el mercado. Entonces los escabinos comunales recobran incontinenti sus funciones á la manera de los alemanes.

En Brabante la situación muéstrase de un modo absolutamente distinto. Allí, como en Italia, la jurisdicción consular halla su origen en el principio comparativo. Como la *Mercanzia* de Florencia, la Gilda de Bruselas, de Lovaina, de Amberes, de Lierre, se arroga una competencia particular en materia comercial. Ella es quien juzga las diferencias entre los comerciantes de paños, quien registra sus créditos, quien emite ordenanzas ejecutorias, quien preside, incluso, á las mutaciones de inmuebles, dado que los inmuebles sirven de garantía real. En suma, su jurisdicción funciona junto á la jurisdicción urbana, y la Gilda muéstrase, en conjunto, como una rueda administrativa y judicial tan esencial para dar vida urbana como la magistratura de los escabinos. Para sorprender en vivo la acción de la Gilda en materia de comercio, basta abrir al azar uno de sus libros diarios. En tal folio leemos: *Ci suivent les effestucations faites devant la Gilde*; en otro: *Ce sont les plaintes faites pendant l'année devant la Gilde, et pour chaque plainte, 3 livres d'amende*; en un tercero: *s'ensuivent les promesses de paiement faites devant la Gilde* (1).

(1) Archivos de la ciudad de Bruselas. Ms. n. 395. Registros de 1416-1417. (D. M.)

Todo esto nos pinta la Gilda de paños como un verdadero tribunal de comercio; más tarde, cuando la fabricación de paños abandone el Brabante y la Gilda de paños cese de tener razón de ser como tal, no será suprimida, sino que se la transformará, en 1703, en una Cámara de comercio, *camera commercii*, colocada directamente bajo la autoridad y la vigilancia del gobierno (1).

La complejidad de origen que hallamos en la base de la jurisdicción consular en nuestro territorio, se hallaría en otras muchas instituciones si conociéramos mejor nuestro pasado jurídico (2). En un país como Bélgica, en que las cuestiones de nacionalidad no preocupan á nadie y en que los factores económicos han predominado siempre, no es maravilla ver que el derecho se nos muestre bajo caracteres especiales y personales. Sería difícil confundirlo con el derecho francés ó el alemán, pero participa á la vez

(1) Hemos estudiado en detalle el organismo y la evolución de la Gilda en una memoria que se publicará en las *Mémoires couronnées* de la Academia Real de Bélgica, bajo el título de *L'organisation du travail à Bruxelles au XVe siècle* (D. M.).

(2) Lo mismo ocurre en España, tanto por la variedad de influencias que ha recibido en la Edad Media, como por la división del reino en Estados independientes, de vida original en no pocas esferas.—Nuestros historiadores no han utilizado hasta ahora ese poderoso auxilio de la comparación con las instituciones de los pueblos que aquí más han influído, para explicarse la diferencia de instituciones y el carácter de éstas en ciertas comarcas.

de uno y de otro. Nuestra enseñanza tiene el deber de despertar en este sentido la curiosidad de los investigadores y de contribuir por sí misma poderosamente á ilustrar, á la luz de la historia social y económica, los primeros orígenes y el desarrollo gradual del antiguo derecho belga.



No nos resta, señores, más que trazar las grandes líneas del curso de historia del Derecho (1). Sin duda, las divisiones llevan siempre consigo algo de arbitario y de artificial; pero son necesarias en beneficio de la claridad del relato, y, sobre todo, para señalar las características diferenciales de los distintos períodos de nuestra historia.

Dividiremos nuestro curso en cuatro partes diferentes:

Una primera, que comprenderá el estudio del período germano, es decir, del que precede á las invasiones.

La segunda se extiende desde el siglo V al IX, es decir, desde las invasiones al final del Imperio carolingio. Período franco.

La tercera va desde el siglo IX al XVI, es decir, desde el nacimiento de las municipalidades hasta la codificación de las costumbres en los Países Bajos.

---

(1) Importa esta parte de la lección de Des Marez como dato para el problema de la división de la historia, de que hemos hablado en el cap. VIII.

La cuarta, en fin, á la que podemos llamar período del derecho consuetudinario escrito, corresponde á la época moderna, desde el siglo XVI á comienzos del siglo XIX, ó sea hasta la redacción del Código de Napoleón (1).

Pudiéramos caracterizar cada uno de estos períodos desde el punto de vista especial de la evolución del Derecho: el primero es la época del derecho popular, que yace en el alma misma del pueblo, elaborado directamente por él; en el segundo el derecho real se afirma y se redactan las leyes bárbaras; el tercero es un período de anarquía jurídica. El derecho territorial ó público se sumerge y aparece un cúmulo de derechos particulares correspondiente á las diversas clases sociales creadas: el derecho mu·

---

(1) Entre los mejores manuales que señalamos á la atención de los estudiantes, figuran: H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte.* Leipzig, 1887-1892. 2 vols. (colección Binding). L. Vanderkindere, *Introduction à l'étude des Institutions de la Belgique au Moyen âge.* Bruxelles, 1890. Ambos libros se detienen al final del período franco. Hasta los tiempos modernos llegan: R. Schroeder, *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1898, 3.ª ed. para Alemania, y para Francia, P. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2.ª ed. 1893; Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 4.ª ed. París, 1901.—En 1901, H. Brunner ha publicado un excelente compendio bajo el título de *Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 298 páginas. (D. M.)—Des Marez cita tan sólo, como es natural, los libros útiles para su curso, conforme al plan ya trazado. Por eso no menciona los manuales ingleses, italianos, españoles, etc.

nicipal ó burgués, el feudal, el dominical, el derecho de los *ministeriales*. La costumbre no escrita reina como soberana; en caso de duda, se la conoce, no recurriendo al texto escrito, sino á la tradición oral transmitida por los ancianos.

Al fin de la Edad Media, la complejidad de las costumbres y la diversidad de los derechos hace imposible su aplicación.

El poder central ordena la redacción de las costumbres, revisa y unifica todo lo posible los diferentes textos: es el período moderno, el cuarto período de nuestro curso, durante el cual se establece el reino de la costumbre escrita, del texto positivo, en espera de la unificación definitiva del derecho por la obra napoleónica.

En cada uno de estos períodos nos dedicaremos preferentemente á las instituciones de derecho privado, aunque reconocemos que la Edad Media ignora la distinción claramente establecida entre el derecho privado y el derecho público. Pero al hablar de derecho privado queremos decir simplemente que estudiaremos ante todo la condición de las personas, el régimen de la propiedad, los diferentes contratos que insensiblemente han ido produciéndose.

El derecho público servirá únicamente de marco en el cual iremos colocando las personas y los bienes.

El derecho canónico, visto el papel importante que ha ejercido á traves de toda la Edad Media, no

puede quedar olvidado. Caracterizaremos la influencia de la Iglesia en la esfera jurídica; la lucha del derecho civil contra el canónico, paralela á la lucha entre ambos poderes; el triunfo final del derecho civil y del poder temporal.

2.º

Sobre el derecho consuetudinario en la historia.

La nota de la página 81 necesita una aclaración para que no se la interprete erróneamente.

No quiere decirse en ella que la historia del derecho francés sea la única que presente un período de derecho consuetudinario particularmente atendido por los autores. Aunque la mayoría de ellos, en todas partes, esté profundamente influída por el criterio legislativo y por la teoría romano-canónica opuesta á la costumbre, no deja de rendirse á la evidencia incontrastable de los hechos y de reconocer el valor que la forma consuetudinaria perfecta (oral ó de tradición de actos) ha tenido en períodos como el germánico, anterior á las invasiones, y en los siglos de la Edad Media que preceden á la codificación de las costumbres municipales. Aduje el ejemplo del derecho francés como uno de los más salien-

tes y, desde luego, como el que ante todo acude á la memoria por su estrecha relación con nuestro derecho. Por lo demás, es notorio que, salvo en lo que se refiere al período germánico, la atención de los historiadores y sus trabajos de investigación se han dirigido preferentemente á las costumbres codificadas, cuidándose menos de las orales precedentes y, por de contado, olvidando las de este carácter que siguieron viviendo después, al lado de la codificación, y todas las posteriores al triunfo del romanismo y de la forma legislativa.

En el mismo derecho inglés, que se suele presentar como ejemplo de una honda penetración de la costumbre (1), la forma de ésta á que atienden principalmente los historiadores es la escrita, convertida en jurisprudencia de los tribunales generales de la nación (la *common law* y la *equity)* (2). Las costum-

---

(1) Pollock y Maintland hacen sus reservas respecto de ese pretendido carácter de Inglaterra como país «de derecho no escrito». Véase en el tomo I, pág. 188 (segunda edición) cómo explican el origen de esta creencia en el jurisconsulto Bracton: «the belief that in almost all countries the *leges scriptae* prevailed, and that only England was ruled by unwriten law and custom. This was amistake».

(2) Pollock define la *common law* como «aquella parte de la ley inglesa creada, no por disposiciones legislativas, sino por decisiones judiciales y que ha de buscarse en los informes de los asuntos resueltos». V. la explicación de sus orígenes en la *History of English law*, I., págs. 176 á 178, 183-84, 185 6, 189-190 y 107-8. Las citas que trae Lambert en la pág. 196 están equivocadas, especialmente en punto á

bres locales (*special customs*) quedan relegadas á segundo término, trabadas y reducidas por los límites y condiciones que impone la teoría romanista para la validez del derecho consuetudinario (1), por la preponderancia que adquiere la *common law* (jurisprudencia del Tribunal regio—cort real) y por la uniformidad de reglas que ésta produce (2). Aun con relación á esas costumbres locales, Pollock y Maintland se refieren especialmente á las consagradas por la jurisprudencia (3) de los tribunales de la respectiva localidad; y aunque aluden á otras manifestaciones consuetudinarias (4)—que son precisamente las más interesantes por la esfera del vivir jurídico que representan y las que principalmente se han investigado en España—no insisten en esto y acuden al examen de los cuerpos de costumbres codificados y sancionados por la justicia real, v. gr., el código de Kent.

Por lo demás, esta distinción precisa que hoy queremos ver entre *ley* y *costumbre*, y que ya empieza á rectificarse (5), no existió en la Edad Media hasta la penetración del derecho romano y canónico y requiere un examen especial como dato para la deter-

---

los capítulos, á lo menos en la correspondencia de páginas con la primera edición de la *History*, que consigna la segunda.

(1) Véase cap. IV, 3.

(2) Ob. cit., I, 184-6.

(3) Idem, 185.

(4) Idem, 185. «Every manor will indeed have its own customs», etc.

(5) Vid. más atrás, págs. 65 y sigs.

minación exacta de las diferencias que distinguen esas dos formas de expresión de la norma jurídica (1).

---

(1) Vid. Pollock y Maintland, ob. cit., I, 175-6 (diferencia entre ley y costumbre en el siglo XIII) y 186 (empleo indistinto de las palabras *consuetudo* y *lex* respecto de las costumbres locales). Cf. Lambert, 742-4.

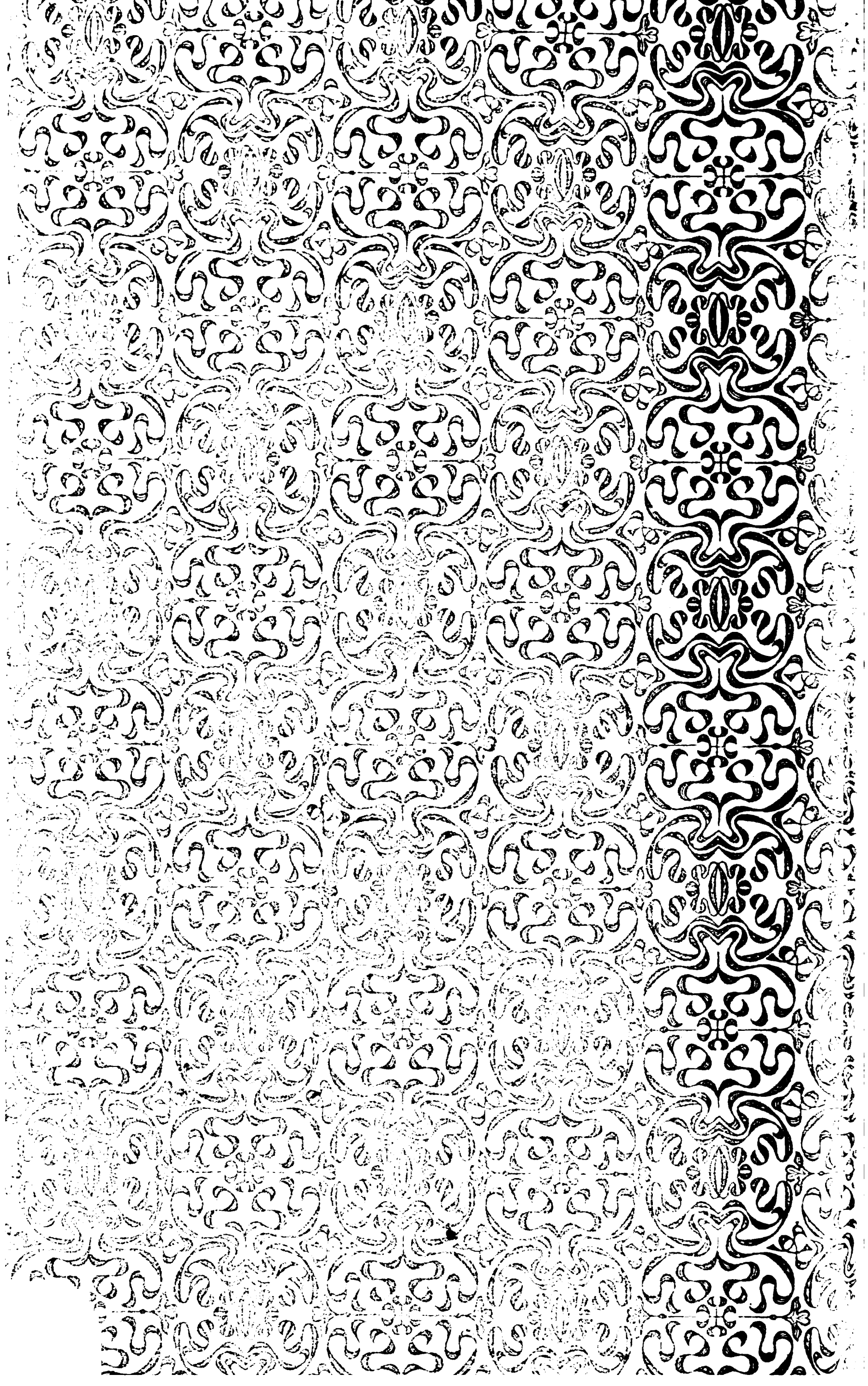
CORRECCIÓN

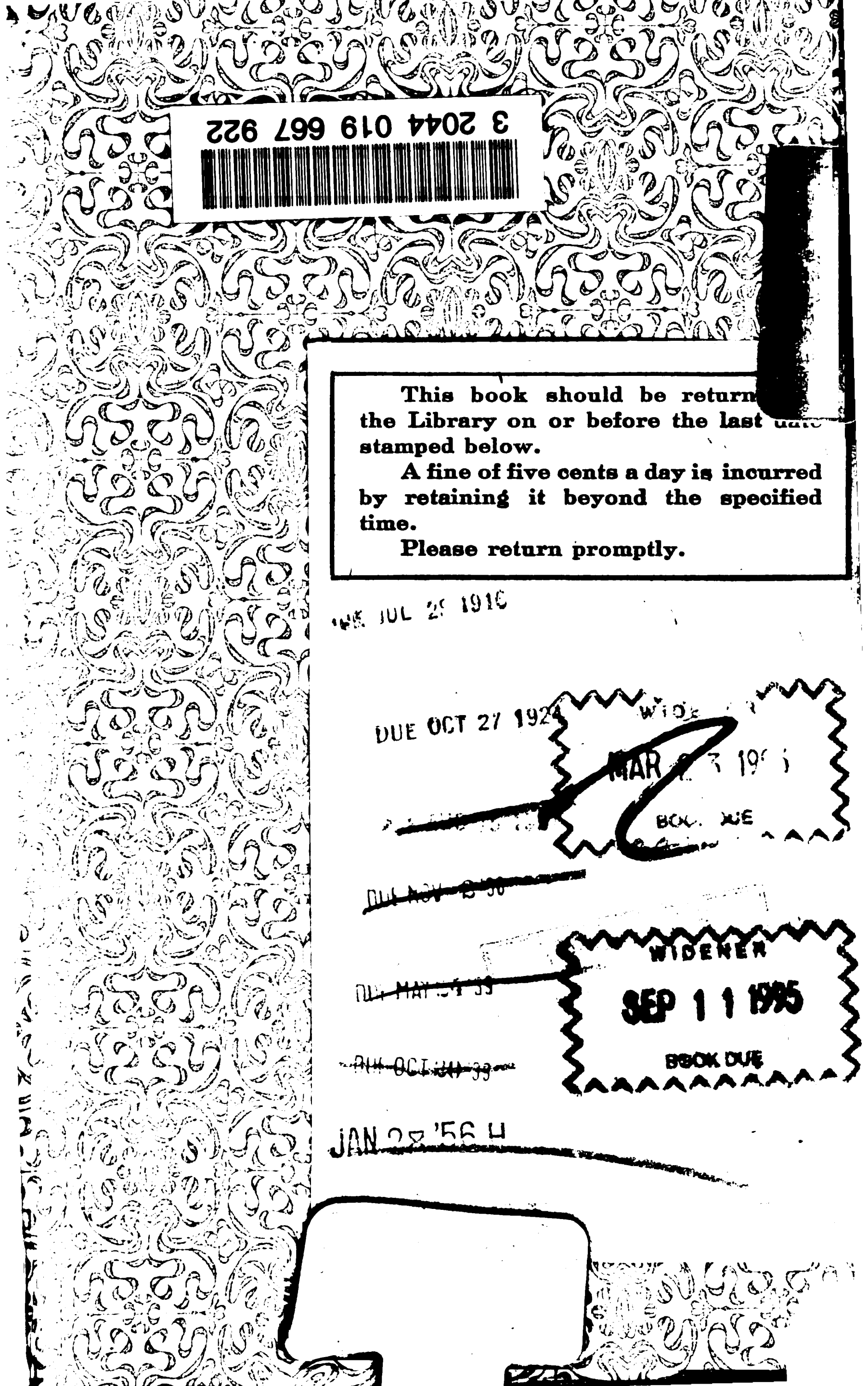
En el cap. IX, núm. 3, se ha incluído por inadvertencia al profesor Gierke entre los que se separan del plan cronológico para estudiar, como Salvioli, primero, toda la historia *externa* y luego, separadamente, la historia de cada una de las ramas del Derecho.

Rectifíquese este error, entendiendo que el plan de Gierke es el tradicional cronológico, que en cada período estudia primero la historia externa y á continuación las instituciones y ramas del Derecho. (Programa del semestre de verano de 1902.)

INDICE

Págs.




3 2044 019 667 922
This book should be return
the Library on or before the last
stamped below.
A fine of five cents a day is incurred
by retaining it beyond the specified
time.
Please return promptly.
DUE OCT 27 1924
WIDENER
SEP 1 1 1995
BOOK DUE


WIDENER LIBRARY
HX VNXT .